

# 共同正犯における意思連絡の要否と役割

伊 藤 嘉 亮

- I はじめに
  - 1 共同正犯における意思連絡
    - (1) 問題の所在
    - (2) 本稿の構造および目的
  - 2 意思連絡と合意
- II 因果性と意思連絡
  - 1 必要条件としての心理的因果性
    - (1) 町野朔の見解
    - (2) 石井徹哉の見解
  - 2 心理的因果性と意思連絡
    - (1) 意思連絡の必要性
    - (2) 小 括
- III 正犯性と意思連絡
  - 1 相互利用・補充関係
    - (1) 概 要
    - (2) 意思連絡の要否
      - (i) 従来の理解
      - (ii) 検 討
  - 2 機能的行為支配
    - (1) 機能的行為支配の前提としての分業
    - (2) 検 討
      - (i) 計画に基づく機能的行為支配

(ii) 意思連絡との関係

3 心理的拘束

(1) 杉本一敏の見解

(2) Steckermeier の見解

(3) 検 討

(i) 必要条件としての心理的拘束

(ii) 意思連絡との関係

4 小 括

IV 共同性と意思連絡

1 共同行為——行為の共同性——

(1) 意思連絡に基づく共同行為

(2) 検 討

2 共同意思主体説——人的結合——

(1) 共同「実行行為」と意思連絡

(2) 検 討

3 犯罪共同説——故意の共同——

(1) 犯罪共同説における実行行為の一個性

(i) 実行行為の一個性と意思連絡

(ii) 検 討

(2) 共同正犯の類型性

V 正犯性再考(他者関係的な正犯性)

1 相互委任説(Haas および Renzikowski の見解)

(1) Haas の見解

(2) Renzikowski の見解

2 Ingelfinger の見解

3 検 討

(1) 議論のまとめ

(2) 意思連絡の役割

VI 共同正犯における類型的危険

1 これまでの分析のまとめ

2 共同正犯の類型性

(1) 類型的特徴

（２）類型的に高度な危険

３ 高度な危険の実体

（１）我が国の議論

（ｉ）共同意思主体説

（ii）内海朋子の見解

（２）ドイツの議論

４ 意思連絡に基づく危険

（１）意思連絡なき連携

（２）意思連絡の役割——類型的に高度な危険の創出——

Ⅶ 結 語

１ 本稿の結論

（１）意思連絡の「類型的な必要性」

（２）意思連絡の役割

２ 片面的共同正犯の成否

３ 残された課題

## I はじめに

### １ 共同正犯における意思連絡

#### （１）問題の所在

共同正犯の成立要件の一つとして意思連絡（および合意）を要求する。そして、その論理的帰結として片面的共同正犯を否定する。これが我が国の判例・通説の立場である（必要説（または意思連絡必要説））。これに対して、<sup>(1)</sup> 因果的共犯論を中心に議論を展開する我が国の共犯論においては、一方で心理的因果性を基礎づける点（のみ）に意思連絡の意義を認め、他方で物理的因果性だけでも共同正犯の成立を肯定しうるとして、意思連絡の必要性を否定し、片面的共同正犯を肯定する見解も有力に主張されている（不要説（または意思連絡不要説））。<sup>(2)</sup>

この問題をめぐる議論状況を見る限り、判例・通説による必要説の支持が

揺らぐことは今後もないだろう。しかし、たとえそうだととしても、ここで改めて共同正犯における意思連絡を再考することに意味がないわけではない。

まず、必要説と不要説は、意思連絡の必要性をめぐり議論を展開しているにもかかわらず、そこでいう「必要性」の意味の点で既に一致が見られないように思われる。不要説の主張は、共同正犯の要件（例えば、因果性や相互利用・補充関係）は意思連絡がなくても充足されうると解することで、意思連絡の不可欠性に疑問を呈するものである。つまり、ここでは（例外の存在を一切許容しない）意思連絡の「論理的な必要性」を問い、不要説はそのような意味での「必要性」を否定するのである。これに対して、必要説の中には——意識的にせよ、無意識的にせよ——共同正犯の要件が意思連絡なしに充足されうること認めつつも、一般的にはそれらが意思連絡を前提に充足されることに着目し、刑法60条はそのような類型的な因果性や相互利用・補充関係が存在する場合のみを予定する規定である、と解するものもあろう。ここで求められているのは、あくまでも（例外の存在を許容する）意思連絡の「類型的な必要性」なのである。以上のように各説が前提とする「意思連絡の必要性」にニュアンスの違いがありうるとすると、その点を考慮しつつ必要説と不要説の主張を分析することで、両説の対立軸を見直すことが可能になるように思われる。

また、共同正犯における意思連絡は、要否だけでなく、その役割も十分に解明されているとはいえない。この点の不十分さは、例えば、承継的共同正犯の処理の際に顕在化する。共同正犯の成立要件として意思連絡を要求する立場からは、「他人の行為について責任を負う根拠が、共同意思の形成とその意思に基づく実行にあるとすれば、共同正犯としての責任は、共同意思が形成されたのちの共同行為により生じた事実についてのみ及ぶとするのが一  
<sup>(4)</sup> 応論理的である」<sup>(5)</sup>は<sup>(5)</sup>ずである。先行者Aが強盗する目的で暴行を加え、被害者の反抗を抑圧した後で、事情を認識した後行者BがAと意思連絡した上で被害者から財物を奪取した場合、暴行時点のAはBと意思連絡しておらず、

B（およびBの将来の行為）の存在を認識すらしていない。そうであるならば、少なくともAの暴行についてBに共同正犯を認める理由はない、といえそうである。しかし、意思連絡を成立要件として要求しつつ、承継的共同正犯が成立する余地を認める論者は、例えば、「後行者が、介入の時点において先行者によって実現された状況を認識し、その状況を積極的に利用して先行者とともにその犯罪の実現を意図してい」れば、「事前に相互的了解が成立しているばあいと実行行為の一部が行われた後に相互的了解が生じたばあいと価値的に同じである」として、共同正犯の成立を認めるのである。<sup>(6)</sup>ここでは「事後的な認識」、「積極的な利用意思」、および「積極的な利用」が意思連絡を代替しており、不可欠の要件として要求したはずの意思連絡が軽視されている。このような解釈は、まさに、意思連絡の役割が不鮮明であることに起因するものといえよう。

以上のように、我が国の共同正犯論は意思連絡の要否および役割を未だ解明するには至っておらず、これは、共同正犯を検討する上で避けては通れない問題であると思われるのである。

## （２）本稿の構造および目的

意思連絡をめぐる議論の出発点は、共同正犯を規定する条文の文言である。我が国の意思連絡必要説は、例えば、刑法60条の「共同して」という文言には『「相互了解のもとに」』ということが含まれている」のであって、意思連絡の必要性は文理解釈から導かれると説いている。<sup>(7)</sup>ドイツの学説においても、通説は、ドイツ刑法25条2項が「共同して（gemeinschaftlich）」と規定する以上、共同所為決意（gemeinsamer Tatentschluss）を欠く共同正犯を認めることは法律の文言に反し、類推解釈の禁止に抵触するものであると理解している。<sup>(8)</sup>

しかし、刑法60条の文言上、「共同者間の『意思連絡』は、共同正犯成立において不可欠の要件とはいえず、『意思連絡』は共同正犯成立に必須の要件ではないとの文言解釈も成り立ちうる」ことは既に指摘されている通り

である。<sup>(9)</sup>それでは、それにもかかわらず片面的共同正犯が『『他の共同正犯者なき共同正犯』という不自然な共同正犯形態<sup>(10)</sup>』であるとして否定されるのは何故だろうか。それは、おそらく、共同正犯の本質に由来する解釈の帰結なのだろう。したがって、意思連絡の要否に結論を下すには、条文の文言に依拠するだけでは不十分であって、共同正犯という関与類型において意思連絡が有する実質的意義に着目し、その役割を分析しなければならないことになる。当然のことではあるが、ある要素の「要否」と「役割」は相互に関連し合うものであって、常に両者の間で視線を往復させながら検討する必要があるといえる。

そこで、以下では、まず、刑法60条に3つの機能（因果性拡張機能（因果性）・正犯性拡張機能（正犯性）・結合機能（共同性））があることに鑑み、意思連絡がそれぞれの場面で如何なる役割を有しており、如何なるレベルで要求されるのか（論理的な必要性なのか、それとも類型的な必要性なのか）を分析する（Ⅱ、Ⅲ、Ⅳ、Ⅴ）。次いで、以上の分析を踏まえ、共同正犯の類型性という観点から意思連絡を考察することにする（Ⅵ）。

「共同正犯における意思連絡の要否と役割」という問題は、決して新規制のあるものではない。しかし、本稿は、この古典的な問題を今一度取り上げ、その再考を通じ、共同正犯論の深化に寄与することを目的とするものである。

## 2 意思連絡と合意

ところで、我が国では共同正犯の要件として「意思連絡」が要求されると説明されるのが一般的であるが、ドイツでは「共同所為決意」（すなわち、関与者間の「合意」）が要件として挙げられることが多い。確かに、意思連絡と合意は、互換的に用いることも可能な概念であろう。<sup>(11)</sup>したがって、意思連絡を要求する我が国の立場と共同所為決意（合意）を要求するドイツの立場に本質的な差異はなく、表現の違いに過ぎないともいえる。しかし、本

来、意思連絡が関与者らの間で行われる「外部的・客観的なコミュニケーション」を意味するのに対して、合意は、意思連絡（コミュニケーション）の結果として到達する関与者らの「意思の合致」を示すものであって、それぞれ異なる事実を対象にする概念である。意思連絡と合意が密接な関係にあることは明らかであるが、無用な混同を避けるためにも、両者は区別して用いられるべきであろう。<sup>(12)</sup>

## Ⅱ 因果性と意思連絡

### 1 必要条件としての心理的因果性

共同正犯の成立には個々の行為に——少なくとも、刑法60条を通じて拡張された——因果性が認められなければならない。ここでは、そうした立場に立ちつつ、その因果性を心理的因果性と理解し、その前提として意思連絡を要求する見解を検討する。

#### （1）町野朔の見解

町野朔は、「共同正犯を含めた意味での共犯においては、共同正犯行為・共犯行為と結果との間に条件関係は必要ではない、心理的因果性が存在すれば足りるとすることは、単独正犯の場合に対して、帰責の前提としての因果関係の内容が拡張されている<sup>(13)</sup>」と理解した上で、「共犯者同士が意思を通じてことによって犯罪結果の発生が促進されたであろうという『心理的因果性』が、条件関係に代わる<sup>(14)</sup>」として、意思連絡に基づく心理的因果性を（広義の）共犯の必要条件に位置づけている。そして、こうした前提の下、「共同正犯も幫助犯も、心理的因果性によって結果の帰責を認めることにおいては同じであるのだから、片面的共犯はいずれに関しても否定される」<sup>(15)</sup>との結論を導くのである。

しかし、町野の見解においては、一方で、刑法60条以下を通じて拡張された因果性として心理的因果性（心理的促進関係）を要求しつつ、他方で、拡張された物理的因果性（物理的促進関係）を排除する理由が明らかでない。

「心理的因果性が存在しないときにも物理的因果性〔物理的促進関係〕が肯定されれば共犯の成立があるとするのは、〔中略〕共犯に必要とされる心理的因果性も、単独犯に必要な条件関係も存在しないところで関与者の責任を肯定することであり、やはり不当だと思われる<sup>(16)</sup>」とするのみで、心理的因果性を必要条件と解する根拠は何ら提示されていない（〔〕内引用者）。そこで、その根拠を探るために、この点に言及している石井徹哉の見解を次に見ていく。

## （２）石井徹哉の見解

石井は、共同正犯を含む広義の共犯に単独正犯の帰責原理が妥当しない理由につき、「教唆犯・従犯では正犯者が規範的障害となっており、共同正犯では他の共同者が規範的障害になっているため、犯罪結果に対する因果関係が直接正犯と同様に理解することができない<sup>(17)</sup>」点に求めている。そして、「共犯においては規範的障害を媒介した因果性を問題にするため、その因果性は心理的因果性を考えざるをえない<sup>(18)</sup>」と解するのである。

また、石井は、物理的因果性のみで共同正犯の因果性を判断することが妥当でない理由について、以下のようにも述べている。まず、「犯罪結果に対する因果的関連性に共同正犯の処罰根拠を求める以上、その基準を結果に対する寄与度にもとめることは正当であ」って、「共同正犯が『正犯とされる』以上、共犯としての因果性が認められるなかで、単独正犯における因果的関連性に価値的に同等といえる因果的寄与が認められる場合に、共同正犯の成立が認められるべき<sup>(19)</sup>」であることを出発点とする。以上の理解を前提に物理的因果性のみでも共同正犯は成立しうると考えると、①単独正犯の因果的寄与と同等の物理的因果性が肯定される場合は、「もはや共犯関係の成立を認める必要はなく、単独正犯として処罰可能」となるし、②「共犯における物理的因果性の内容を結果の促進ないし強化という点から考察するのであれば、結果の促進ないし強化が単独正犯のもつ因果性といかなる点で価値的同等となるのか、はたしてそのような場合が存在しうなのか」が問題になる



ことになる。<sup>(20)</sup>このことから、「少なくとも共同正犯に関しては、物理的因果性それ自体で共同正犯の成立は認められない」と結論づけるのである。<sup>(21)</sup>

しかし、因果的寄与度の強弱により（広義の）正犯と（狭義の）共犯を区別すべきとの主張の点で既に疑問なしとはしないが、その点を措くとしても、物理的促進関係が単独正犯における因果的寄与と価値的に同等となりうることを疑うのであれば、動機の提供・強化・促進によって認められるとする心理的因果性<sup>(23)</sup>が単独正犯と因果的に同価値になりうるかも疑わしくなってくるであろう。また、そもそも、規範的障害である他者を介することにより因果性が拡張されるからといって、そのことから直ちに物理的因果性が排除されると結論づけることには論理の飛躍がある。「単独犯の場合でも物理的因果性と心理的因果性の相違に規範的な意味は認められていないのに、なぜ共犯の場合にだけそこに規範的差異が認められるのか不明である」との批判<sup>(24)</sup>が妥当するものと思われる。結局、石井の試みによっても心理的因果性の不可欠性は論証されていないといえる。

## 2 心理的因果性と意思連絡

### （1）意思連絡の必要性

それでは、仮に心理的因果性を共同正犯に不可欠の要件であるとして、そこから意思連絡の「論理的な必要性」を論証することは可能であろうか。

この点、町野は、心理的因果性の意味について、「行為者がある行為を遂行するに当たって、他の行為者がそれを認識し支持を与えていることを認識することによって、彼は勇気づけられ、行為に出ることが促進され、結果の発生も促進させられる」と理解した上で、「行為者が行為に出ることに関して、彼と他の者との間に意思の疎通があれば、その行為から発生した結果に<sup>(25)</sup>関しても他の者は責任を負うというのが、共犯である」としている。共同正犯者および（狭義の）共犯者の心理的因果性を認めるには、彼らの存在・支持を他の正犯者が認識しなければならず、そのためには意思連絡（意思疎

通)が不可欠であると解しているように思われる。

しかし、意思連絡がなくても他の関与者の心理に影響を与えることは十分可能である。「例えば、甲が窃盗犯人乙のために、丙の家のドアの鍵を壊しておいたところ、乙は鍵が壊されているのを知って、誰かが助けてくれると感じ、勇気づけられて、侵入した、という場合」、甲と乙の間に意思連絡はないが、町野が指摘する「『勇気づけ』の関係は存在している<sup>(27)</sup>」といえる。そうすると、心理的因果性の必要性から直ちに意思連絡の「論理的な必要性」を論証することはできないことになる。

他方で、意思連絡が存在する場合の方が心理的因果性の認定が容易になることは確かである。このことから、心理的因果性の観点から意思連絡の必要性を導く見解は、広義の共犯の因果性を認定するには事実的な心理的因果性があるだけでは足りず、それに加えて刑法60条以下が予定する類型的な心理的因果性が要求されるのであって、その類型性を担保する要件として意思連絡が要求されると考えたのではないだろうか。

## (2) 小 括

共同正犯の場合、各関与者の個々の行為の因果性は——たとえ刑法60条を通じて拡張されたもの<sup>(28)</sup>だとしても——不可欠の要件として要求される。

しかし、そもそも物理的因果性のみによって因果性要件を充足することも可能であるが、たとえ心理的因果性を(広義の)共犯の必要条件と解したとしても、意思連絡なしに心理的因果性を肯定する余地もある。それゆえ、因果性要件から、意思連絡(および合意)の「論理的な必要性」を基礎づけることはできない<sup>(29)</sup>。他方で、刑法60条以下が要求する心理的因果性は単なる事実的な因果性ではなく、類型的な法的因果性であると理解するのであれば、意思連絡を心理的因果性の類型性を担保する要素と解する可能性も出てこよう(「類型的な必要性」)。

### Ⅲ 正犯性と意思連絡

共同正犯は、犯罪事実のすべてを自ら実現したわけではないが、それにもかかわらずその全体について「正犯」として処罰される。この意味において、刑法60条には正犯性を拡張する機能が認められる。ここでは、この正犯性拡張機能の実質的根拠と意思連絡の関係を考察していく。

#### 1 相互利用・補充関係

##### （1）概 要

共同正犯は、犯罪の実現に対して部分的にしか関与していないにもかかわらず、全体について正犯として責任を問われる。共同正犯におけるこの法的効果「一部行為の全部“正犯”責任」の根拠をめぐっては、従来、関与者間の相互利用・補充関係に求めるのが一般的であった。すなわち、例えば、「共同正犯において、共同者全員が、共同者によって実行され、実現されたことについて、正犯としての罪責を問われるのは、これらの共同者が、相互にそれぞれの行為を補充し合っているところから、共同者各自の行為が一体のものとして評価されるからである」<sup>(32)</sup>、あるいは「刑法が、共同者の行為を共同正犯として特別に取り扱おうとする趣旨は、各共同者が、互いにその行為を利用し合い、補充し合って実現したところに対して共同の責任を負担させようとするにある」<sup>(33)</sup>と説くのである。

しかし、相互利用・補充関係は、「一部行為の全部“正犯”責任」を説明する原理としては不十分である。まず、広義の共犯としての罪責（の限界）を基礎づけるのは個々の行為の（心理的ないし物理的）因果性であって、相互利用・補充関係ではない。<sup>(34)</sup>他者の行為をいくら利用し補充したところで、その行為に対して因果的な影響力を何ら及ぼしていない者を当該行為につき処罰することはできない。また、相互利用・補充関係は、共同正犯の場合だけに形成されるわけではなく、狭義の共犯者（教唆者・幫助者）も正犯者の

行為を利用・補充し、他方で正犯者も狭義の共犯者の行為を利用・補充して<sup>(35)</sup>いるといえる。それゆえ、そのような関係によって共同正犯の特殊性ないし共同「正犯」性を説明することはできないはずである。

しかし、以下ではこれらの問題をひとまず措いた上で、相互利用・補充関係を前提に考察を進めることにする。

## (2) 意思連絡の要否

### (i) 従来の理解

我が国の学説は、一般に、意思連絡の不可欠性を「一部行為の全部“正犯”責任」の根拠とされる相互利用・補充関係から導いてきた。例えば、阿部力也によれば、相互利用・補充関係は全体として見れば「犯罪の分業・分担」と捉えられるとの理解の下、「犯罪結果の発生に向けた分業の前提として、各関与者にそれぞれの役割が分担されなければならないが、このような分配は、各関与者の合意がなければ生じない」、つまり「各共同者間の心理的な内容としてお互いに利用し合うという認識を相互にもたないかぎり、成立しえない」<sup>(36)</sup>。また、「各関与者の寄与が犯罪結果の発生へ向けて実効性を有するのは、各関与者が、意思連絡をとおして、それぞれの役割を果たし、その目的へ向けて各自が行為を遂行するからにほかならず」<sup>(37)</sup>、「主観的には、お互いが利用し利用され合うという認識をもたなければなら」<sup>(38)</sup>ない。かくして、相互利用・補充関係（犯罪の分業・分担）が形成されるには、その不可欠の前提として、意思連絡を通じて役割を分担し、各自の役割を相互に認識し合う必要があるとするのである。

### (ii) 検討

それでは、意思連絡には、相互利用・補充関係の形成にとって如何なる意味が認められるであろうか。

この点、まず、意思連絡がなくても相互利用・補充関係を形成しうることを確認すべきである。例えば、Bが被害者を強姦する際に、被害者に恨みを持っていたAがBに気づかれることなく被害者の足を押さえ、Bによる強姦

を完遂させた場合（事例①）、AとBの間に意思連絡はないが、AはBの姦淫行為を利用・補充しているといえる。更に、Bも、Aが創出した状況を意識せずに利用しているし、姦淫を遂行することで（強姦の実現を意図する）<sup>(39)</sup> Aの行為を補充していると考えられるだろう。また、「片面的加功意思によって役割分担を事前形成することも不可能ではない」<sup>(40)</sup>。つまり、事例①をAの立場から見れば、AとBが役割を分担して犯罪（強姦）を遂行していると評価することも可能なのである。<sup>(41)</sup> 以上のように、意思連絡が存在しなくても相互利用・補充関係は形成されうるのであって、この観点から意思連絡の「論理的な必要性」を導くことはできないといえる。

しかし、他方で、関与者間に意思連絡がなく、一方の関与者の片面的な認識しかない場合、当該関与者による他者の行為の利用が——意思連絡がある場合に比べて——困難になることも確かである。<sup>(42)</sup> 例えば事例①の場合、意思連絡がない以上、AがBの計画を正確に認識することは難しく、それに伴いBの行為を含めた役割分担を想定することも難しくなる。<sup>(43)</sup> それゆえ、一般論としては、意思連絡のない関与者間に相互利用・補充関係が成立することはほとんどないといえる。このことから、相互利用・補充関係の観点から意思連絡を要求する見解は、共同正犯に——意識的にせよ、無意識的にせよ——類型的な相互利用・補充関係を、つまりは法的に限定を加えられた相互利用・補充関係を求め、意思連絡をその前提条件に位置づけたのではないだろうか。

以上のように、意思連絡がなくても相互利用・補充関係を形成すること自体は可能であって、従来の通説は、このことを看過していた点に問題を残していた。しかし、通説の真意は、「相互利用・補充関係が常に不可欠の要件として意思連絡を要求する」こと（つまり、意思連絡の「論理的な必要性」）の論証ではなく、共同正犯の射程範囲を「刑法が類型的に想定する相互利用・補充関係」の場合に限定しようとする（つまり、意思連絡の「類型的な必要性」を要求する）点にあったように思われる。

## 2 機能的行為支配

### (1) 機能的行為支配の前提としての分業

共同正犯の正犯性の根拠として機能的行為支配を要求する見解は、意思連絡をその不可欠の前提に位置づけるのが一般的である。

例えば、「不可欠な役割分担による機能的行為支配」を重要な役割の下位基準の一つと解する松原芳博によれば、機能的行為支配は、「意思連絡によって形成された共通の計画に基づく分業を内容とする」ものである<sup>(44)</sup>。また、照沼亮介も、意思連絡に基づいて分業関係・役割分担を形成し、「自分が他の者と同等に重要な寄与を分担している」ことを相互認識することで、一部分の分担のみで全体の不法について支配性を獲得するとしている<sup>(45)</sup>。

ドイツの機能的行為支配説においても同様の説明が見受けられる。これは、例えば、全体を包括する計画があるからこそ個々の行為に機能が与えられるのであって、そのような計画は、機能的行為支配を基礎づける分業的共働にとって不可欠の要素であるとする Claus Roxin および Bernd Schünemann<sup>(46)</sup> の見解に見て取れよう。つまり、犯罪全体の中で個々の行為に付与される意味（機能）は、関与者らが意思連絡を通じて形成した計画を基準に判断されると解するのである<sup>(48)</sup>。

以上の考え方を推し進めると、Torsten Buser が指摘するように、行為支配の対象は、実際に実現した犯罪ではなく、関与者らが計画の中で想定した犯罪ということになる。このことは、消極的行為支配（阻止力）という概念から導かれる。阻止力とは、ある関与者が、ある時点において、犯罪の完遂にとって必要とされる彼の行為を遂行しないことによって、その犯罪の完遂を阻止しうる可能性のことを意味する。こうした可能性（すなわち、阻止力）を当該関与者が有しているのは、彼が自身の行為を遂行する前まで、つまり、計画上の犯罪が完成する前までである。ひとたび計画上の犯罪が実現されてしまったならば、もはやそれを阻止することは不可能だからである。したがって、阻止力、すなわち消極的行為支配の対象である犯罪とは、現実

の犯罪ではなく、計画上の犯罪なのである。<sup>(49)</sup>

このように考えるのであれば、機能的行為支配（消極的行為支配）の成否を検討するには関与者らの計画、および、その中で各関与者に割り当てられた役割・機能を見なければならない。そして、それゆえに、その前提として関与者間の意思連絡が要求されることになるのであろう。

## （２）検 討

### （i）計画に基づく機能的行為支配

しかし、まず第一に、支配の対象として計画上の犯罪を指定すること自体が妥当ではない。関与者らの正犯性・共犯性は、現実が発生した犯罪事実に関する彼らの罪責を決する評価の一部であって、計画上想定された犯罪について認定されるものではない。それゆえ、機能的行為支配説に立つとしても、支配の対象は、あくまでも関与者らが現実に実現した構成要件該当事実に求めなければならない。<sup>(50)</sup>

第二に、正犯性・共犯性の基準を関与者らの犯罪計画に求めるのであれば、結局のところ、正犯性・共犯性をもっぱら関与者ら自身に判断させることになる。しかし、関与者らを正犯として処罰するか否かという問題は、裁判所が彼らの役割を法の立場から評価することで解決すべきものである。関与者らの犯罪計画は、彼らの正犯性・共犯性を認定するための間接事実にはなり得ても、その直接の基準にはならないと思われる。<sup>(51)</sup>

### （ii）意思連絡との関係

次に、以上の点を措いた上で、意思連絡と役割分担（分業）・機能的行為支配の関係を考察する。

既に相互・利用補充関係を検討した際に指摘したように、例えば事例①の場合、片面的な加功意思を有するAの立場から見れば、A・B間で役割が分担され、当該犯罪（強姦）を分業的に遂行したと評価する余地はある。そして、また、A・Bが共有する計画ではなく、Aのみの計画に基づく分業により各関与者にそれぞれの役割が割り当てられ、Aの役割が犯罪の成否を掌握

する程に重要であるならば、Aに機能的行為支配を肯定することも可能になる<sup>(52)</sup>。したがって、機能的行為支配説が要求する「役割分担(分業)」および「それに基づく各関与者の機能」という観点から、意思連絡<sup>(53)</sup>(ないし共通の計画(合意))の「論理的な必要性」を論証することはできない。

他方で、相互利用・補充関係の形成と同様に、意思連絡のない相手の行為を計画に組み入れ、その行為に当該計画における役割(意味)を与えることは困難であって、役割分担(分業)は意思連絡を通じてなされるのが一般的であることも事実であろう。また、たとえ意思連絡がなくても一定程度の機能的行為支配は成立しうるとしても、やはり、関与者間に意思連絡が存在する場合の方が強固な機能的行為支配を基礎づけることができよう。個々の具体例においては、意思連絡がないにもかかわらず、意思連絡がある場合よりも強固な機能的行為支配を認めうる事例も稀には存在するだろうが、類型判断としては、機能的行為支配は意思連絡に基づき形成されるのが通常であり、また、意思連絡に基づく場合の方が強固な支配関係を形成しやすいといえるのである。

以上のように、機能的行為支配を共同正犯の本質として要求するとしても、そこから意思連絡の「論理的な必要性」を基礎づけることはできない。しかし、機能的行為支配から意思連絡の必要性を導く見解も、意思連絡なき役割分担および(それに基づく)機能的行為支配が成立する事実的な可能性を一切否定するものではないのであって、この見解の背後には、機能的行為支配が一般的には意思連絡に基づき成立することに着目し、共同正犯の成立範囲を意思連絡に基づき機能的行為支配が成立した場合に限定しようとする類型判断があったように思われる。

### 3 心理的拘束

#### (1) 杉本一敏の見解

例えば、共謀の上、Aが被害者に暴行を加え、その間にBが被害者の財物



を奪取した場合（事例②）、AとBは強盗罪の共同正犯になる。しかし、杉本一敏によれば、Bの財物奪取行為が「自由な故意行為」である以上、遡及禁止の原理により、その背後で関与したAは、Bが行った財物奪取に関して「正犯」としての罪責に値しないことになる。それにもかかわらずAを財物奪取部分も含めて「強盗」の共同「正犯」として処罰するのであれば、共同正犯にはAを正犯に押し上げるだけの何か特別な要素がなければならない。この点、杉本は、A・B間の意思連絡こそがその特別な要素として機能すると主張するのである。<sup>(54)</sup>

そして、杉本は、意思連絡が特別な要素として要求される理由は「心理的拘束」に求められるとする。すなわち、関与者間に意思連絡がある場合、一方の関与者（例えば、事例②のB）は、他方の関与者（例えば、事例②のA）が自分に寄せている行動の予期・期待を裏切ることにより心理的抵抗を感じるようになるのであって、ここに、AがBの行為（財物奪取）について正犯として責任を問われる根拠を見出すのである。<sup>(55)</sup>

以上の理解を前提に、杉本は、このような（Bに対するAの）心理的拘束を成立させるには、Bが一方的にAの意向を知っただけでは足りないとする。というのも、「自分がAの意向を知ってその実行を了承した、ということがAにも伝わっている」（Aに期待を与えた）とBが知ったときにはじめて、BはAに気兼ねして計画からの一方的離脱が困難になるからである。心理的拘束を本質とする意思連絡は、双方向的なやり取りでなければならないのである。<sup>(56)</sup>

## （２）Steckermeier の見解

杉本の見解と同様に、共同正犯の成立に他の共同者の行為の支配を要求し、意思連絡をその不可欠の要件と理解する見解は、ドイツにおいても展開されている。

Kristina Steckermeier によれば、共同正犯は、犯罪全体を支配する単独正犯と同等の関与類型である以上、自身の行為および犯罪結果の成否だけで

なく、他者の行為も支配しなければならない(拡張された行為支配)<sup>(57)</sup>。例えば、事例②の場合、Aは自身の行為(暴行)および強盗結果を支配するだけでなく、Bの行為(財物奪取)も支配する必要があるのである。そうすると、自己答責的な他の共同正犯者に対する「拡張された行為支配」を認めうるかが問題になるが、この点、Steckermeierは、集団力学の知見を取り入れ、結論として、複数人が共同して犯罪を遂行する際には様々な要素(例えば、相互暗示や集団圧力)が他の関与者の意思に強く影響するのであって、これにより他者の行為の支配が正当化されるとしている。<sup>(58)</sup>Steckermeierが指摘する様々な集団力学的作用およびそれらに基づく「拡張された行為支配」は、各関与者の計画が一つに統合されている(つまり、共同所為決意が成立している)からこそ生じるものである。共同所為決意は、共同正犯者の各行為を調整し、目的を達成するために関与者らの共働をまとめるものであって、共同所為決意なき「拡張された行為支配」は存在しないのである。<sup>(59)</sup>

ところで、Steckermeierによると、共同して達成すべき目的について複数人が同一の認識を持つには意思の伝達(Übertragung)、つまりはコミュニケーションが不可欠である。<sup>(60)</sup>関与者らが相互に約束を交わすからこそ互いを拘束することができる。<sup>(61)</sup>それゆえ、共同所為決意は、主観的要素というよりはむしろ客観的な性質のものであり、共同所為共謀(gemeinsame Tatverabredung)<sup>(62)</sup>と呼称する方が適切であると説いている。

### (3) 検討

以上のように、他の関与者の——間接正犯には至らない程度の——意思支配(心理的拘束)を共同正犯の必要条件と捉える見解は、その前提として関与者間の意思連絡(およびそれに基づく合意)を要求する傾向にある。

#### (i) 必要条件としての心理的拘束

しかし、第一に、共同正犯の必要条件として心理的拘束を要求すること自体が妥当ではない。確かに、共同正犯の中には重要な役割の下位基準として心理的拘束が要求され、その存在により共同「正犯」性が肯定される場合も

あるだろう。共謀共同正犯がまさにそうである。<sup>(63)</sup>しかし、だからといって、すべての共同正犯に心理的拘束を要求することは適切ではない。例えば、事例②を修正して、Bはその関係上Aに対して強い立場にあり、それゆえAの心理に対するBの影響力は拘束力を認めうるほどの強度であったが、他方で、AはBの要求を渋々了承したに過ぎず、Bに対するAの心理的影響力は微弱であったとする（事例③）。事例③のAがBを心理的に拘束していなかったとしても、暴行を担当している以上、Aを強盗罪の共同正犯として処罰することに異論はないはずである。しかし、他の共同者（B）に対する心理的拘束を共同正犯の必要条件として厳格に要求するのであれば、Aの共同正犯性は否定されざるを得ない。

あるいは、事例③のBは、Aに対して協力を要請し、了承させた手前、Bにとっても当該計画から抜け出すことは困難になっているのであって、Bの要請を了承したAは、Bの心理を拘束している、と考えるのであろうか。しかし、この場合に（も）生じうる程度の心理的拘束力で共同「正犯」性を肯定するのであれば、意思連絡に基づいて役割分担がなされさえすれば直ちに共同正犯が成立することになり、それに伴い意思連絡のある教唆犯・幫助犯が成立する余地はおおよそ存在しなくなると思われる。これは、正犯と共犯の区別を前提にする我が国の刑法の解釈論としては受け入れられない帰結である。それゆえ、心理的拘束を共同正犯の必要条件と解するべきではない。

## （ii）意思連絡との関係

また、これらの見解も、意思連絡の「論理的な必要性」を論証することはできないと思われる。この観点から意思連絡の「論理的な必要性」を論証できると考える見解は、例えば、事例②のAの共同「正犯」性を検討するにあたって、Bの心理的拘束状態がA自身により惹起されたことを要求するものなのであろう。つまり、Aは「Bの担当する行為について自分が期待していること」をBに認識させなければならず、そのためにはA・B間の双方向的な意思連絡が要求されると理解するのである。<sup>(64)</sup>しかし、Aの共同「正犯」性

の根拠は、Bの心理的拘束状態の惹起それ自体ではなく、そうした状態の利用にこそ認められるべきである。例えば、責任無能力者を利用する間接正犯の場合、利用者（間接正犯者）が被利用者の責任無能力状態を自ら惹起する必要はない。あるいは、被利用者の事情の不知を利用する間接正犯の場合も、利用者（間接正犯者）がその不知を惹起する必要はなく、利用者の間接正犯性は不知状態の利用にその根拠を有するものである。そうであるならば、仮に共同正犯の場合にも他の関与者の意思支配（心理的拘束）が要求されとしても、事例②のAがBの心理的拘束状態を自ら惹起する必要はないことになる。例えば、AとBが意思連絡を交わし、AがBの心理を拘束したところ、その後にCが加わり、Aと共にBに犯罪の実行を指示・命令した場合（事例④）、Cは、自らBの心理的拘束状態を形成したわけではないが、Bの心理的拘束状態を利用している以上、Cを共謀共同正犯と評価する余地はあると思われる。

また、事例②において、Bを取り巻く周囲の状況（例えば、Bが所属する組織・集団が発する有形・無形の集団圧力）から——Aとは別のところから——Bが自分の役割について圧力を感じる、という場合を想定することも可能である。更に、そうした状態にあるBがAと意思連絡することなく、知らず知らずのうちにAに利用されることもあり得なくはない。したがって、Bの心理的拘束状態を惹起するにあたって、また、そうした状態にあるBを利用するにあたって、A・B間の双方向的な意思連絡を不可欠の要件と解することはできない。

もっとも、以上のように意思連絡なき心理的拘束力の存在を理論的には想定できるとしても、A・B間に（黙示の場合も含む）意思連絡が一切認められない状況下でBの心理的拘束状態が形成され、Aがその状態のBを利用するという事例は、実際にはほとんど存在しないと思われる。それゆえ、心理的拘束力という観点からも——相互利用・補充関係および機能的行為支配と同様に——、それを肯定するには一般に意思連絡が必要になるのであって、

意思連絡なしに生じた心理的拘束力は刑法60条の射程範囲に含まれない、と解する余地はある。意思連絡は、この立場からは、刑法60条が予定する類型的な心理的拘束力を担保する要件ということになる。

#### 4 小 括

以上のように、正犯性の根拠である「相互利用・補充関係」、「機能的行為支配」、および「心理的拘束」は、いずれも意思連絡の必要性を論理的に論証するものではない。しかし、意思連絡必要説の本来の意図は、意思連絡がそれらの成立にとって常に不可欠であるとまで主張するものではなく、意思連絡に基づき成立するのが一般的であると説くに過ぎなかったのではないだろうか。そして、必要説は、そのような類型判断を背景にした上で、刑法60条の射程範囲を意思連絡が認められる事例に限定すべきと主張したものと推測されるのである。

### Ⅳ 共同性と意思連絡

#### 1 共同行為——行為の共同性——

共同正犯が成立する場合、関与者らの個々の行為は一個の「共同行為」を形成する。そして、この共同行為が単独犯の場合と同一の構成要件要素（例えば、実行行為性や因果関係（条件関係））を充足する場合に、各関与者は当該犯罪の既遂につき正犯として処罰されることになる。

##### （1）意思連絡に基づく共同行為

意思連絡には、以上のような「行為の共同性」を基礎づける要素としての役割が与えられることがある。

例えば、内田文昭によると、共同正犯の場合、相互に他人の行為を自己に帰属させようとする意思の結合が見られ、更に、この二つの意思方向の融合に対応した統一的な実行性とそこから発生した統一的な結果が現存する。このことから個々の行為はその個性を喪失し、統一的な実行行為の一要素にな

る。つまり、「共通の目標達成のために他人の行為をも自己のものとして自己のうちに帰せしめようとする相互的な意思のつながり（意思連絡）を契機として、各行為者は、単に自己が現象的に行なったところにとどまらず、現象的には他人が行なったところについてもこれを実行したものとして評価されなければならないのである<sup>(65)</sup>」。同趣旨の説明は、ドイツの議論の中でも多く見受けられる。例えば、Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen は、共同所為決意が個々の行為を一つに結合させるからこそ、各共同正犯者は他者の行為についても責任を負うことになる<sup>(66)</sup>と説いている。相互行為帰属の根拠を「意識的な分業性」、つまり共同所為決意に基づき相互に補充し合う寄与を行なう点に求める Uwe Murmann の主張も、意味するところは同じであろう<sup>(67)</sup>。

以上のように、これらの見解においては、相互的な意思連絡に基づく合意（共同所為決意）が個々の行為を包括することで、それらの一体性（共同性）が基礎づけられると考えられているのである。

## （２）検 討

しかし、これらの見解は、「意思連絡および合意が個々の行為を結合させる」という結論を述べるに過ぎず、意思連絡が行為と行為を結びつける理由を何ら提示していないように思われる。

この点、Helmut Frister は、一方で、以上の見解と同様に、一体的な行為を志向し、各行為を結合させる共同計画を共同正犯の要件として要求しつつ、他方で、共同行為の一体性は単独犯における〔複数〕行為の一体性と同じ基準（すなわち、ドイツ刑法52条（行為の単一）が意味するところの行為の一個性）で判断されるとしている<sup>(68)</sup>。しかし、もし共同正犯の場合と単独犯の場合で複数行為の統一性を判断する基準が基本的に同じであるならば、共同正犯の場合に関与者間の意思連絡を要求する理由はないことになろう。我が国の判例および学説は、単独犯における複数行為の一連性を「同一の意思」の有無により判断している<sup>(69)</sup>。そして、単独犯における複数行為が意思の同一性により一個の行為と評価される根拠は、一個の意思が複数行為全体の

中で実現し（「意思実現」要件）、かつ、それらの行為が相互に調整し合う（「相互調整」要件）<sup>(70)</sup>点に求めることができる。しかし、この観点からは、以下で示すように、共同正犯における共同行為の不可欠の要件として意思連絡を要求する契機を見出すことはできないのである。

まず、第一に、「意思実現」要件から意思連絡の必要性を導くことはできない。例えば、意思連絡のない片面的幫助犯の場合、成立した犯罪について幫助者に刑事責任を問う以上、責任主義の観点からは「彼の意思が当該犯罪において実現した」との評価がその背後に存在するはずである。片面的幫助犯の事例は、意思連絡を欠いたとしても、ある関与者（幫助者）の意思を他の関与者（正犯者）が無意識のうちに実現しうることを例証するものである。第二に、「相互調整」要件からも意思連絡の必要性は導かれない。既に述べたように、関与者間に意思連絡がなくても、それぞれの行為が役割分担の下で相互に利用・補充し合うことはありうるからである。<sup>(71)</sup>

例えば、事例①の場合、A・B間に意思連絡はないが、Bの姦淫行為はAの意思を実現するものであるし、被害者の足を押さえるAの行為とBの行為は——客観的に見れば——相互に調整し合っているといえる。それゆえ、Aに共同行為を認定することは可能であると思われる（他方で、Bに共同行為が成立することはない。）。共同行為の成否を考えるにあたって、個々の行為を包括する意思の重要性を説くとしても、その意思は、当該共同行為の成立が問われるAが有しさえすれば十分であって、Bと共有する必要はない。共同行為の成立には——Friedrich Dencker が指摘するように——「犯行に関する共同決意」ではなく、「共同犯行に関する決意」が要求されるのである。<sup>(72)</sup>

以上のように、行為と行為の客観的な結合関係（共同性）を問う文脈では、意思連絡の「論理的な必要性」を基礎づけることはできない。もっとも、正犯性と意思連絡の関係と同様に、一般に意思連絡がある場合の方が共同性を肯定しやすいのも事実である。つまり、関与者らが意思連絡をしているのであれば、通常は共同行為の要件（「意思実現」要件と「相互調整」要

件)を充足するといえるのであって、共同性の要件として意思連絡を要求する見解も、この意味において理解されるべきであろう。

あるいは、(内田が要求する)「相互的な意思のつながり(意思連絡)」は、行為と行為の結合関係を問う文脈ではなく、人と人との結合関係を問う文脈においてこそ、その本来の意義を見出しうる要素なのかもしれない。そこで、次に、関与者らの人的結合を(広義の)共犯の必要条件と解する共同意思主体説を見ることにする。

## 2 共同意思主体説——人的結合——

### (1) 共同「実行行為」と意思連絡

共同正犯における実行行為を行うのは誰かという問題について、西原春夫は、以下のように述べている。すなわち、事例②の場合に「強盗という実行行為を想定する以上、その実行行為の主体は存在せざるをえず、〔中略〕その主体はA・B二人以外にはありえない」。また、「ここにいう『A・B二人の行なった実行行為』というものの実体」については、「Aの行なった実行行為の一部とBの行なったそれとの算数的総和でないことはいうまでもなく」、「Aの暴行とBの財物奪取とは、事実的のみならず法的にも相互に補足しあって、一つの強盗という実行行為まで総合される」。そして、「そこにある実行行為の主体は、A・B二人の物理的存在ではなく、すでに法律上意味ある人的結合にほかならない。この人的結合は、すでに自然人の概念を超えた社会的存在であって、〔中略〕これを予定せずには、強盗の実行行為の主体、従って強盗の実行行為そのものも論じえないわけである」と(行為者の氏名は変更<sup>(73)</sup>)。

この見解においては、共同正犯における共同行為(実行行為)を觀念するには、その前提として統一的な行為主体、つまりは共同意思主体(人的結合体)が認められなければならないことが明瞭に指摘されている。そして、共同意思主体を形成するためには、関与者らが相互に意思連絡を交わし、共同



目的の下に合一しなければならないとするのである。<sup>(74)</sup>

一つの主体（共同意思主体）の中に複数の異なる意思が混在するわけにはいかない。また、AとBが偶然にも（つまり、意思連絡することなく）同じ犯罪遂行の意思を抱き、かつ、相手が自分と同じ犯意を持っていることを相互に認識したとしても、それだけでは自身の助力を相手が受け入れ、あるいは相手が自分に協力してくれるか確信が持てない。一つの行為主体の中にそのような不確定な心理状態が存在することは許されないだろう（例えば、ある自然人が犯罪を遂行しようとする際、右半身が左半身の協力について確信を持てないようなものである。）。したがって、本説の立場からは、共同意思主体を形成するには関与者らが相互に相手の意思を偶然認識し合っただけでは不足、意識的な意思連絡を通じて合意に至る必要があることになる。<sup>(75)</sup> 以上のように、共同意思主体説は、意思連絡（および合意）の「論理的な必要性」を論証する理論の一つであるといえる。

## （２）検 討

共同意思主体を形成するには確かに意思連絡および合意が不可欠となる。しかし、そもそも、「共同意思主体」という観念的な行為主体は、事例②において強盗罪の実行行為を認定するために不可欠なのだろうか。

共同意思主体を要求する見解は、一つの行為が含意しうる意味は一つであり、それゆえ、その一つの意味を当該行為に付与する行為主体も一つでなければならないと考えているように思われる。しかし、そのように考える必然性はない。例えば、直接実行者に対して背後者が屏風をけん銃で撃つよう指示し、器物損壊の意思で直接実行者が発砲したところ、実は屏風の後ろに被害者がおり、直接実行者が撃った銃弾により死亡した（被害者の存在は背後者のみが認識していた）場合（事例⑤）、直接実行者の発砲行為は、彼自身の立場から見れば、器物損壊（と過失致死）の意味が付与されるものであるが、他方で、背後者の立場から見れば、殺人（と器物損壊）の意味が付与されているといえよう。このように一つの行為が複数の意味を同時に含意する

ことはありうるのであって、それぞれの意味ごとに行為主体を観念することも可能であるように思われる。

そうすると、事例②におけるAとBは、いずれも暴行行為と財物奪取行為に強盗罪の一部としての意味を与えているため、両者には強盗行為（強盗罪の実行行為）が帰属することになる。しかし、例えば、Aは、Bが被害者宅から財物を窃取しようとしていることを偶然知り、Bを助ける意図で暴行により被害者の反抗を抑圧し、Bはその状況を知ることなく財物を窃取したという場合（事例⑥）であれば、暴行行為と財物奪取行為の両方に強盗としての意味を付与するAには強盗罪の実行行為が帰属することになるが、財物奪取行為に窃盗の意味しか与えていないBには窃盗罪の実行行為が認められるに過ぎない。したがって、一つの行為が複数の意味を含意する可能性を肯定するのであれば、事例②のA・Bおよび事例⑥のAに強盗罪の実行行為を認めるにあたって、「共同意思主体」という概念に依拠する必要はない。このように共同意思主体の形成を共同正犯の必要条件から排除する以上、この観点から意思連絡および合意の必要性を根拠づけることもできない。<sup>(76)</sup>

### 3 犯罪共同説——故意の共同——

#### (1) 犯罪共同説における実行行為の一個性

##### (i) 実行行為の一個性と意思連絡

共同意思主体のような人的結合体を観念する以外に、意思の結合を不可欠の要件として要求すべき理由はあるだろうか。

犯罪共同説の立場からすると、「共同正犯は、一定の基本的構成要件に該当する実行行為を共同して行うものにほかならない」<sup>(77)</sup>。例えば、Aが殺人の故意を、Bが傷害の故意をもって一緒に被害者に暴行を加えて死亡させた場合（事例⑦）、行為共同説によれば、本事例における共同行為は、一方でAにとっては殺人罪の実行行為と評価され、他方でBにとっては傷害（致死）罪の実行行為と評価されるため、一個の共同行為に複数の実行行為性が認め

られることになる。これに対して、犯罪共同説によれば、特定の構成要件に該当する一個の実行行為を觀念する必要がある、例えば事例⑦の場合は（構成要件が重なり合う範囲で）傷害罪の実行行為を一つだけ認定しなければならない。この立場においては、一個の共同行為に複数の実行行為性を認定することは否定される。そして、それゆえ——共同意思主体のような人的結合体を觀念する必要はないとしても——関与者らは故意を共有しなければならない（故意の共同）、そのためには意思連絡を通じて互いの意思を確認し合い、合意に至らなければならない。犯罪共同説は、このようにして意思連絡および合意の不可欠性を論証するものと思われる。

## （ii）検 討

それでは、犯罪共同説が主張するように、実行行為の単一性に固執し、関与者らの「故意の共同」およびその前提である「意思連絡」を要請することに合理性はあるだろうか。

特定の構成要件に該当する実行行為を共同しなければならないとする点は、従来、「構成要件の定型をもとに考えるかぎり」、あるいは「構成要件理論を基調とする」立場においては、そのように考えるべきとされてきた。<sup>(78)</sup>しかし、少なくとも現在の行為共同説は、個々の関与者ごとに構成要件該当性ないし実行行為性を問うものであって、「構成要件理論と何ら矛盾するものでもない」。<sup>(79)</sup>また、関与者間における実行行為を一個に限定することが構成要件論の遵守に繋がるわけでもない。したがって、実行行為の単一性に固執する必要はないといえる。<sup>(80)</sup>

また、そもそも、関与者らが同一の犯意を偶然有したに過ぎない場合にも実行行為の単一性を肯定することは可能であるから、この立場から意思連絡を要求する必然性はなく、その「論理的な必要性」を基礎づけることはできないと思われる。

## （2）共同正犯の類型性

それゆえ、この立場も、意思連絡の「論理的な必要性」ではなく、「類型

的な必要性」を主張するものと推測できる。このことは、例えば、「特定同一の犯罪を実現しようとする合意にもとづいて作業分担が行われるところに法の予定する正犯性が生じる」のであって、「因果性に加えて行為の類型性を付加的に考慮して犯罪行為の輪郭を守ろうとする立場からは犯罪共同説が支持される」とする井田良の見解に見て取ることができる<sup>(81)</sup>。

もっとも、「共同正犯は典型的に意思連絡に基づく共働を要求している」との命題は、犯罪共同説からしか導かれ得ないわけではなく、行為共同説の立場からも主張されている。例えば、「共同正犯の類型性からいって、意思の連絡を全く欠く場合は除いて考えるべきであろう<sup>(82)</sup>」、あるいは「行為共同説を徹底したものとして、片面的共同正犯を認める見解もあるが、そこまで行くと構成要件の類型性を無視することになり、処罰範囲を無限定化するものとして、妥当でないといわねばならない<sup>(83)</sup>」との主張がそれである。合意の内容(対象)として同一構成要件(とくに結果)の共有を要求するか否かで犯罪共同説と行為共同説は異なるが、いずれも、共同正犯という関与類型は意思連絡に基づく(特定の「構成要件の実現」ないし「行為」に関する)意思の共有を典型的に要求するものであって、単なる因果的な共働は当該関与類型から排除されると考える点では同じなのである。意思連絡の「典型的な必要性」の問題は、犯罪共同説と行為共同説の対立(「合意の対象」の問題)とは別の次元のものといえよう。

## V 正犯性再考(他者関係的な正犯性)

次に、共同正犯の正犯性を従来の議論とは異なる視点から再考する。

共同正犯は、構成要件該当事実全体につき正犯として処罰される、つまり直接的には他の共同者が遂行した行為についても正犯として責任を問われる(以下では、他の共同者の行為に関する正犯性を「他者関係的な正犯性」とし、結果発生との関係で認定される「重要な役割」に基づく(従来の)正犯性を「結果関係的な正犯性」とする。)。しかし、そうすると、他者関係的

な正犯性が肯定される根拠を何処に求めるかが問題となる。この点、他の共同正犯者の心理的拘束（意思支配）を必要条件として要求することが刑法60条の解釈論としては厳格に過ぎることは前述の通りである。そこで、以下では、如何なる場合に——心理的拘束力を伴うことなく——他者の行為について正犯性が認められるかを問い、その他者関係的な正犯性の根拠と意思連絡の関係を分析する。

## 1 相互委任説

### （1）Haas の見解

共同正犯者には他の共同者の行為が自らのもののように帰属する。その根拠を関与者間の「相互委任（wechselseitiges Mandat）」に求めるのが Volker Haas である。Haas によると、共同正犯者は、合意に基づいて、互いにそれぞれの行為を他者の名の下において（も）行うよう委任し合う。それゆえ、共同正犯者が行為を行うのは、自分のためだけでなく、他の関与者のためでもある。<sup>(84)</sup> 関与者間に相互委任関係が形成されることにより、それぞれの行為が帰属し合うことになるのである。<sup>(85)</sup>

（意思連絡および）合意の必要性は、この相互行為帰属の根拠から導かれる。関与者が合意に至ることにより、個々の意思は、関与者全体の共同意思になる。<sup>(86)</sup> 契約を結ぶかのように関与者が一致するからこそ、共同者全体の名の下に行為する権限を得るのである。<sup>(87)</sup>

### （2）Renzikowski の見解

同様の主張は、Joachim Renzikowski によっても展開されている。<sup>(88)</sup> Renzikowski によると、共同正犯は、いわば契約当事者のように互いを使役し、相互に他者を代理するものである。つまり、〔共同正犯の特徴である〕分業とは、共同計画の相互代理（wechselseitige Repräsentation）にほかならないのである。<sup>(89)</sup> 彼は、また、関与者らの合意により個々の意思は関与者全体の共同意思になるのであって、意思が合致することで——我が国におけ

る共同意思主体と同趣旨の——倫理的人格(moralische Person)が形成されると述べている。この倫理的人格において個々人は統一的な総体を構成するのであって、共同して行われた行為に関して彼らを区別することはできない。したがって、倫理的人格に帰属するもの〔共同行為〕は、個々の関与者らにも同様に帰属する<sup>(90)</sup>。このようにして、Renzikowskiは、相互行為帰属の不可欠の要件として、共同計画(合意)の必要性を論証するのである。

## 2 Ingelfingerの見解

心理的拘束を要求することが刑法60条の解釈論としては厳格に過ぎることは前述の通りであるが、Ralph Ingelfingerは、杉本およびSteckermeierと問題意識を共有しつつも、彼らの見解よりも緩やかな要件を提示している。

事例②(強盗の共同正犯)の場合にAおよびBが共同正犯として処罰されるのは、Aの行為(暴行)とBの行為(財物奪取)が相互に帰属し合うからである。しかし、結果の発生を機能的に支配していたとしても、必ずしも他者の行為を支配したことにはならない<sup>(91)</sup>。それゆえ、相互行為帰属を正当化するには、犯罪結果の支配(機能的行為支配)に加えて、他者の行為に対して重大な心理的影響力を及ぼす必要がある。そして、ここでいう重大な影響力は、その機能上、犯罪結果にとって重要といえる行為を確約することにより生じるものである。例えば、事例②のAが暴行を決意したのは、Bが財物奪取行為を行うであろうことを認識しているからであり、Bの確約に依存しているといえる(逆もまた然りである<sup>(92)</sup>)。以上のように、Ingelfingerによれば、共同所為決意(犯罪計画)は、機能的行為支配の前提である役割分担においてだけでなく、各関与者の動機に影響を与え合い、相互依存関係を形成する上でも意義があり、これらにより相互行為帰属が基礎づけられるのである<sup>(93)</sup>。

なお、Ingelfingerが共同正犯を自身のためだけでなく、他者のためにも

行為する関与類型と理解する点<sup>(94)</sup>は Renzikowski らと同様である。しかし、Renzikowski が、各関与者が担当・遂行する行為（役割）について、それを共同正犯の成立を基礎づける合意の存在を徴表する要素、つまりは間接事実と理解し、それほど重要でない行為により共同正犯が成立する余地を認め<sup>(95)</sup>るのに対して、Ingelfinger は、機能的行為支配が認められる行為を確約した場合にこそ他の関与者に対して重大な心理的影響力を及ぼしうと理解している。ここに Ingelfinger 説の特徴の一つを見出すことができると思われる。

### 3 検 討

#### （1）議論のまとめ

以上のように、Haas、Renzikowski、および Ingelfinger は、事例②において、A が B の財物奪取行為についても正犯として責任を問われること（逆もまた然り）の理由を、意思連絡を通じて B が  $\dot{A}$  のために（も）財物奪取を行うことを意図するようになり、そのような心理状態で当該行為を行なった点に求めている。つまり、前二者によれば、A・B 間の意思連絡により合意が成立し、次いで、その合意（共同意思）に基づき共同行為が形成され、当該共同行為の構成要素である B の行為は A の意思をも同時に実現するものとなり、それゆえに、B は、 $\dot{A}$  のために（も）財物奪取を行ったことになる。他方、後者によれば、A・B 間の意思連絡により合意が成立し、次いで、その合意に基づき役割が分担され、A の機能的行為支配が基礎づけられることになり、A はそのような重要な行為を確約することで B の心理に重大な影響を及ぼし、それゆえに B は  $\dot{A}$  のために（も）財物奪取を行ったことになるのである。

結局のところ、Haas と Renzikowski は共同行為（共同性）に、Ingelfinger は機能的行為支配およびその前提である役割分担（正犯性）に意思連絡の根拠を求めているといえる。しかし、既に述べたように、共同行為と

(機能的行為支配の前提である)役割分担は、いずれも——少なくとも単独では——意思連絡の「論理的な必要性」を論証するものではない。

## (2) 意思連絡の役割

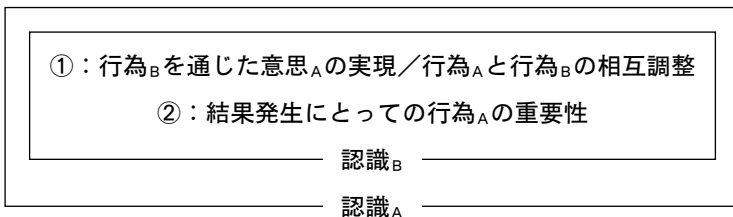
一方で、Haas と Renzikowski は、事例②のBが $\dot{A}$ のために(も)行為することを意図する前提として、行為<sub>A</sub>と行為<sub>B</sub>が一つの統一的な行為(共同行為<sup>(96)</sup><sub>A+B</sub>)を形成することを要求し、他方で、Ingelfinger は、行為<sub>A</sub>が(機能的行為支配を、つまりは正犯性を肯定しうる程に)重要な役割を有することを要求している。そこで、以下では、彼らが提示する二つの視点(「共同行為」と「重要な役割」)を併用することで、事例②のBが $\dot{A}$ のために(も)財物奪取を行うことを意図するに至るプロセスを分析し直す。

まず、Bの計画ないし行為を——必ずしもBとの意思連絡に頼ることなく——認識・予見したAは、行為<sub>A</sub>および行為<sub>B</sub>を通じて自身の意思を実現しようとし、また、行為<sub>A</sub>と行為<sub>B</sub>との間に相互調整関係を形成することで、共同行為<sub>A+B</sub>の成立を基礎づける(①)。Bは、以上の事実を認識することで、Aが自身の計画の中に行為<sub>B</sub>を組み入れ、行為<sub>B</sub>を含む共同行為<sub>A+B</sub>を通じて意思<sub>A</sub>を実現させようと企図していることを認識する。次に、行為<sub>A</sub>が法的観点から「重要な役割」を担うものと評価される場合、行為<sub>A</sub>はBが意図する犯罪の成否にとっても重要であることになる(②)。それゆえ、Bは、行為<sub>A</sub>に関するそうした評価を基礎づける事実の認識を通じて、行為<sub>A</sub>およびその行為者Aが自分にとって重要な存在であることを認識する。つまり、①および②の認識を併せ持つBは、「自分にとって重要な存在であるAが行為<sub>B</sub>を通じて彼の意思を実現しようとしている」ことを認識するのである(認識<sub>B</sub>:【①+②】<sup>(97)</sup>)。そして、Bが認識<sub>B</sub>:【①+②】を持った上で行為<sub>B</sub>(財物奪取)を行なったといえれば、Bは $\dot{A}$ のために(も)当該行為を行なった、と評価してよいであろう。また、Bがそのような心理状態で行為<sub>B</sub>を遂行したのであれば、AはBが当該行為を行う際の重要な動機(の一つ)を提供した、つまりBに重大な心理的影響力を及ぼしたものとして、Aを——



狭義の共犯ではなく——（共同）正犯として処罰することも是認できるのではないだろうか。<sup>(98)</sup> かくして、行為<sub>B</sub>に関するAの共同「正犯」性を基礎づける事実としては、認識<sub>B</sub>：【①＋②】が要求されることになる。

また、ある関与者を共同正犯として処罰するには、以上の事実に加えて、当該関与者が自身の正犯性を基礎づける事実を認識していなければならない。それゆえ、Aを共同正犯として処罰するには、「Bが認識<sub>B</sub>：【①＋②】を持っていること」を認識する必要がある（認識<sub>A</sub>：【認識<sub>B</sub>：【①＋②】】）。したがって、行為<sub>B</sub>についてAを（共同）正犯として処罰するには認識<sub>B</sub>：【①＋②】および認識<sub>A</sub>：【認識<sub>B</sub>：【①＋②】】の両者が要求されることになる。



しかし、以上の分析を前提に意思連絡の意義を検討したとしても、結局は、意思連絡の「論理的な必要性」を論証することはできないと思われる。というのも、意思連絡なしにBが認識<sub>B</sub>：【①＋②】を有することも、また、Aが認識<sub>A</sub>：【認識<sub>B</sub>：【①＋②】】を有することも必ずしも不可能ではないからである。意思連絡に基づかない認識<sub>B</sub>：【①＋②】と認識<sub>A</sub>：【認識<sub>B</sub>：【①＋②】】は、それぞれが稀有な事態であるから、意思連絡なしに両方の成立を同時に認めうる可能性は限りなくゼロに近づくとはいえる。しかし、その成立可能性はまったくのゼロではないのであって、論理的に否定されるわけではない。したがって、「他者関係的な正犯性」という観点から「共同性（共同行為）」と「正犯性（重要な役割）」を併せ考慮したとしても、意思連絡の「論理的な必要性」を論証することはできない。この立場からも、せい

ぜいのところ、「類型的な必要性」を要求するにとどまるものと思われる。

## VI 共同正犯における類型的危険

### 1 これまでの分析のまとめ

意思連絡をめぐって不要説が否定するのは、その「論理的な必要性」である。これに対して、下記の【表1】が示すように、必要説のうち、意思連絡の「論理的な必要性」を問い、それを肯定しうるのは共同意思主体説だけである。意思連絡を要求するその他の見解は——意識的にせよ、無意識的にせよ——意思連絡の「論理的な必要性」ではなく、「類型的な必要性」を問題にし、その意味において意思連絡の必要性を要求していたのではないだろうか。つまり、従来の必要説は、何らかの方法で事実上成立した任意の共働関係では不十分であり、意思連絡に基づき成立した類型的な共働関係が存在する場合にのみ刑法60条は適用されるのであって、その類型性を担保する要素として意思連絡を要求していたものと推測できる<sup>(99)</sup>のである。

以上の推測が正しいのであれば、意思連絡の「論理的な必要性」を否定する不要説と「類型的な必要性」を要求する必要説は矛盾しないことになる。というのも、(意思連絡がなくても「心理的因果性」や「相互利用・補充関係」等が成立する可能性はある、という) 不要説の主張を受け入れつつ、共同正犯という関与類型の類型性を担保する要素として意思連絡を要求する解釈も十分成り立ちうるからである。

しかし、必要説の趣旨をこのように捉え直すとすると、次の課題として、刑法60条の射程範囲を意思連絡に基づく類型的な共働に限定し、意思連絡に基づかない非類型的な共働をそこから排除する根拠を明らかにし、その合理性を提示する必要がある。これらを示すことなく共同正犯の類型性を主張しただけでは、論者が考える「共同正犯のイメージ」を述べるに過ぎないからである。

【表 1】

	意思連絡の必要性	
	論理的な必要性	類型的な必要性
心理的因果性	×	○
相互利用・補充関係	×	○
機能的行為支配	×	○
意思支配（心理的拘束）	×	○
共同性（共同行為）	×	○
共同意思主体（人的結合体）	○	○
実行行為の一体性	×	○
他者関係的な正犯性	×	○

## 2 共同正犯の類型性

### (1) 類型の特徴

犯罪共同説および一部の行為共同説の立場から、意思連絡を欠いては共同正犯の類型性を認め得ないとする見解があることは既に見た通りである。また、共同意思主体説の立場から、「共犯は、なるほど刑罰拡張事由ではあるが、それにはおのずから一定の限界があるのであって、単独犯とは異なる共犯固有の事情（私見によれば共同意思主体の活動）によって、単独犯に存在しながら共犯に欠けるもの（完全な実行行為性〔単独正犯性〕）を補わなければならないので<sup>(100)</sup>あり、「一定の犯罪を実現しようという共同目的の下に合一するところに独自の扱いを必要とする共犯の本質が認められる」とされているが、この見解も、<sup>(101)</sup>（広義の）共犯には単独犯には見られない特殊性が類型的に内在することを指摘するものである。

しかし、これらの見解からは、共同正犯には一定の類型性があり、その類型性と意思連絡に何らかの関係があることは看取できるが、類型性の具体的内容は依然として明らかになっていない。そこで、まず、共同正犯の類型的特点を明らかにし、次いで、そこで明らかになった類型性と意思連絡の関係

を分析することにする。

## (2) 類型的に高度な危険

共同正犯の法定刑は単独犯の場合と同一であるが、量刑段階においても、関与者らが「共同正犯である」ことのみを理由に軽い刑が言い渡されることは<sup>(102)</sup>ない。しかし、共同正犯が如何に結果発生との関係で重要な役割を有している（あるいは、犯罪の実現を機能的に支配している）としても、共同正犯の果たす役割は——類型的に——犯罪全体との関係では単独犯より劣るとい<sup>(103)</sup>わざるを得ない。それにもかかわらず共同正犯を単独犯と同等に処罰するには、その不足分を補填する要素を見出す必要があるといえよう。<sup>(104)</sup>

この問題を解決するにあたっては、「一般に、共犯事犯は、単独犯に比して、集团的犯罪として犯罪の重大性をともなつてくるし、危険性が多大となる虞があるので、犯罪の情状は重いとみられてきた。しかし、このことは、共犯者全員に対し重刑をもつて臨むべきであるという趣旨ではなく、個々の共犯者の行為を個別的に認定して、そのそれぞれが犯行において占めた地位や態様によって、共犯者相互間の均衡をはかるような配慮がなされているのが<sup>(105)</sup>実際である」との分析が参考になる。<sup>(106)</sup>この分析からは、①複数人が関与する犯罪の場合、各関与者の刑事責任は、まずはじめに、共同行為全体の重大性・危険性を評価し、次に、当該犯罪に対する各関与者の個々の役割を考慮することで導かれること、②複数人が関与する犯罪の危険性が単独犯の場合よりも高いことが読み取れる。そして、既に見たように、③共同正犯の場合、個々の関与者の役割が単独犯のそれに及ばないにもかかわらず、最終的に導かれる刑事責任が単独犯の場合と同等（ないしそれ以上）であることも看過してはならない。以上の①・②・③を併せ考えると、個々の役割が劣るにもかかわらず単独犯と同等に処罰される理由は、共同正犯における共同行為<sup>(107)</sup>全体の危険性が単独犯の危険性を凌駕する点に求められることになろう。

【表 2】

	危険性		役割		刑事責任
単独犯	10	×	10	=	100
共同正犯	20	×	5	=	100

例えば、【表 2】で示したように、単独正犯の危険性を「10」、役割を「10」、そして刑事責任を「100」とする。これに対して、共同正犯の役割を単独犯のそれより劣る「5」とし（なお、それ以外の犯情はすべて同じであるとする）、刑事責任を単独正犯と同じ「100」とすると、共同行為全体に「20」という高度の危険性が認められなければならないことになる。したがって、単独犯と同等（ないしそれ以上）の法定刑および量刑を予定する共同正犯は、単独犯が創出する危険を凌駕する類型的に高度な危険を包含する関与類型であると解される。

### 3 高度な危険の実体

それでは、刑法60条が類型的に予定する高度な危険性とは、具体的には如何なるものであろうか。

#### （1）我が国の議論

##### （i）共同意思主体説

共同意思主体説は——共同正犯だけでなく、「広義の共犯」全体を射程に含めるものであるが——複数の関与者が合一することで単独犯には見られない特徴が形成され、刑法60条以下をそれに対応するための特別の規定と解するものである。例えば、齊藤金作によれば、「共犯規定の存在を必要とする理由は、二人以上の者が共同目的に向つて合一するところに、個人心理を離れて特殊の団体心理が生じ、個人意思では企図することが出来ないようなことも敢えて行うものであるからである。〔中略〕従つて、二人以上共同して罪を犯す場合は、単独で犯す場合に比して危険性が多大で、おそるべきもの

であるといわなければならない」わけである。<sup>(108)</sup>

以上の見解においては、意思連絡および合意により増大した危険性が共犯論の核であることが明示されている。しかし、これだけでは意思連絡の存在が危険性を増大させる理由が十分には明らかになっておらず、また、その不明確さに伴い、意思連絡に基づくことなく増大した危険性を共犯論から排除する理由も示していない。

## (ii) 内海朋子の見解

近時、「共同正犯に内在する特殊な危険」を強調するものとして、内海朋子の見解がある。内海説の出発点は、「人間はそのコミュニケーション能力を通じて全体行為計画の下で他者と共同して行為を遂行することが可能であり、そのような場合には結果の発生・不発生に関わる偶然性が減少し、法益侵害の危険（結果発生の確実度という意味での危険性）は個人で行動するときに比して増加する、という事実」認識である。

まず、客観的な事実として、共同者がそれぞれ異なる役割を分担するような場合（分業型）、「通常1人の人間が同時的に行いえないような行為を平行して行うことによって犯罪目的をより短時間に、効率的に達成することができる」し、「共同者全員がそれぞれ実行行為のすべてを遂行したとしても（重複型）、同一実行行為を重複して行うことによって各人は結果発生をより確実なものにすることができるのであるから、単独で行動するよりも明らかにメリットがある」と指摘できる。<sup>(109)</sup> また、関与者らの主観面においても、「意思連絡の下で行為することによって、各行為者は犯罪実行に対する反対動機、規範的障害を相互的に抑圧し、共同者がいるという意識による安心感から心理的に鼓舞され、その意思の実現を容易にするような支援を受けることができ、あるいは当該行為を行わないという決定がより困難になるという心理的拘束を受ける」と考えられる。<sup>(110)(111)</sup>

内海は、この「特殊な危険」の存在から、共同正犯における帰属原理の修正を主張している。すなわち、「複雑を極めるその相互的利用補充関係・心

理的促進関係を逐一因果関係として具体的に証明していくことは容易ではない」ため、「共同正犯の規定は、意思連絡を通じた共同行為の特殊性に鑑みて、因果関係判断に代えて、同一犯罪実現に向けての合意の存在、および共同実行の事実が証明されれば共同行為支配ゆえに各人に全体結果の帰責を認めるものである」とする<sup>(112)</sup>のである。しかし、このような理解に対しては、①刑法60条を通じて結果犯を危険犯に化してしまう、②個々の行為の因果性を認定するのは困難であるとしてその放棄を主張することは、「疑わしきは被告人の利益に」原則に抵触する疑いがある、③狭義の共犯も犯罪の実現をより容易・確実にする、つまり犯罪実現の危険を増大させるものであるから、個々の共犯行為の因果性を認定しなくてよいことになる、と批判できよう。

以上のように「特殊な危険」を理由に共同正犯における帰属原理の修正を正当化することはできないとしても、複数人が共働することで生じる特殊な危険の分析は示唆に富むものである。もっとも、内海の見解においても、なお、その特殊な危険が何故に意思連絡（および合意）を前提にするものなのかは判然としない。意思連絡を欠いた場合であっても、利用する側は、被利用者を一方的・片面的に利用することで、単独では実現不可能な目的を実現できるようになり、また、被利用者が知らず知らずのうちに鼓舞され、あるいは重圧を感じることも考えられないではない。したがって、内海が指摘する特殊な危険は、意思連絡（および合意）が存在する場合にのみ認められるものではない。刑法60条が典型的に特殊な危険を要求し、それとの関係で意思連絡を要求すると説くには、「意思連絡がなくても生じうる危険増加」と「意思連絡が存在するが故に生じる危険増加」を比較し、刑法60条が後者のみを予定することを論証しなければならない。

## (2) ドイツの議論

ドイツでも、例えば、Steckermeier が、単独犯よりも共同正犯の方がより危険であることを強調している。そして、その理由として、①個人は集団内において犯罪に対する障壁および躊躇を低減させてしまう、②複数人が有

効に結合することで〔単独犯の場合よりも〕能力的・精神的に強化される、  
 ③犯罪がエスカレートする傾向にある点を挙げている。これらは、内海が<sup>(113)</sup>  
 「共同正犯に内在する特殊な危険」の根拠として挙げるものと基本的には同じであろう。しかし、これらを指摘するだけでは、意思連絡（およびそれに基づく集団の形成）が高度な危険を創出することを述べるだけであって、意思連絡がなくても危険が増大する可能性を排除しておらず、後者を共同正犯の射程範囲から除外する理由も明らかでない。我が国の学説と同様に、両者の間に如何なる意味で有意な差異を認めうるかが課題となろう。

この点、両者の区別がなお不十分であった以上の議論に対して、Christoph Knauer は、複数の関与者らの間に共同決意がある場合の方が、それがない場合よりも、結果発生の危険性がより増大することを意識的に適示している。Knauer は、関与者らが心理的に相互に結び付くこと、つまりは相互連帯性（wechselseitige Solidarisierung）によって、複数人が意思連絡なく特定の目的に向かって偶然共働する場合には見られない特殊な危険が創出されるとするのである。Knauer の見解においては、その具体的なメカニズムが十分解明されているとはいえないが、<sup>(114)</sup>「意思連絡に基づいて増大した危険性」が「意思連絡に基づかずに増大した危険性」を凌駕し、その根拠を相互連帯性に求めうることが示唆されている。そこで、次に、意思連絡の有無がどのような違いを生じさせるのかを検証していく。

#### 4 意思連絡に基づく危険

##### （1）意思連絡なき連携

意思連絡がなくても、A が B を一方的に利用することは可能であるし、B の犯行を物理的に容易にし、心理的に促進することも可能である。また、A が行為<sub>B</sub>を一方的に認識・予見することで、A の計画の中に行為<sub>B</sub>を組み込むことも可能である。そうすることで、A の計画の中で A と B が役割分担（分業）し、相互に利用・補充し合うことで、A の意図する犯罪をより容易



に、あるいはより確実に実現できるようになる。以上のように、行為<sub>B</sub>を一方的に認識・予見しているAは、行為<sub>B</sub>に合わせて自分の行為を調整するわけだが、他方でBも知らず知らずのうちにAが創出する状況に合うよう自分の行為を調整し、Bが意図する犯罪の実現をより蓋然的なものにすることができる。それゆえ、単に犯罪実現の可能性を単独犯の場合よりも高くするだけならば、関与者間の意思連絡を要求する必要はないといえる。

しかし、たとえそうだととしても、意思連絡がなければ刑法60条が予定する——例えば、【表2】の「20」という——高度な危険を類型的に生じさせるのは難しいといえる。確かに、Aは、意思連絡に依拠せずとも、Bの挙動等を観察することによってBのその後の行為を予測することはできる。しかし、その予測に不確定要素が伴うことも事実だろう。Aは、意思連絡を通じてBの意思を直接確認したわけではないから、その後にBがどのような行動に出るのか、あるいは状況の変化にどう対応するのか確信することはできない。また、Bは、そもそもAに合わせる意図を持ち合わせていないため、Aの行為の有無にかかわらず、予定通り行為を遂行しようとするだろう。そうすると、両者の行為の円滑な相互調整を確保することは困難であって、彼らの連携作用は歪なものにならざるを得ない。意思連絡に依拠せずに役割分担（分業）、相互利用・補充、あるいは相互調整関係を形成すること自体は可能であったとしても、それはあくまでも最低限の連携作用をもたらすに過ぎないといえよう。すなわち、意思連絡を欠く場合にも何らかの連携作用を認めることはなお可能であるが、円滑かつ高度な連携を確保することは到底不可能なのであって、高度な連携なきところに犯罪実現の高度な危険を認めることもできない。場合によっては関与者同士が拮抗する行為を行ってしまい、かえって犯罪実現の可能性を低減させることすらありうるだろう。それゆえ、意思連絡なき複数人の共働は、たとえ一定程度の危険増加を創出するとしても、刑法60条の適用を認めうるほどの高度な危険を類型的に創出するものではないと考えられるのである。

## (2) 意思連絡の役割——典型的に高度な危険の創出——

例えば、因果関係論においては、事実的に認定される因果関係（条件関係）だけでは法的評価には十分でなく、当該因果経過が法的に類型化された枠内に収まっていること（相当因果関係ないし客観的帰属）が要求されるわけだが、共同正犯の共働関係を認定する場面においても同様の限定がなされる。すなわち、意思連絡がなくても関与者らが連携することはあるし、また、それが高度な危険を生じさせることも——極めて稀ではあるが——あり得なくはない。しかし、高度な危険は、一般的には個々の行為が円滑に連携できるよう緊密に調整し合っている場合に創出されるのであって、意思連絡なき高度な危険の創出は異常な、つまり非典型的な事態である。たとえそのような危険創出が事実上認定されうるとしても、それは、立法者が典型的に予定するものではないとして、刑法60条の適用範囲から排除されるのである。

意思連絡は、犯罪の遂行過程から不確定要素を排斥し、個々の行為の円滑な連携を担保するものである。相互利用・補充関係や機能的行為支配といった観点から意思連絡の「典型的な必要性」を主張する従来の見解も、結局のところ、意思連絡の「関与者間の円滑な連携を担保する」という性質に着目するものだったのだろう。かくして、意思連絡は、関与者間の円滑な連携作用およびそれに伴う高度な危険を典型的に担保する要素として、刑法60条の必要条件の一つに位置づけられる、と解される。

## Ⅶ 結 語

### 1 本稿の結論

共同正犯における意思連絡の要否をめぐる議論を考察してきた本稿の結論は以下の通りである。

#### (1) 意思連絡の「典型的な必要性」

意思連絡の必要性の根拠として従来挙げられてきた諸概念のうち、「意思

連絡がなければその成立を肯定する余地はない」として意思連絡の「論理的な必要性」を論証できるのは共同意思主体（人的結合体）だけである。これに対して、心理的因果性、相互利用・補充関係、機能的行為支配、共同性（共同行為）、実行行為の一個性、および他者関係的な正犯性に依拠する立場は、いずれも、意思連絡なしにそれらが成立する余地を認めつつ、意思連絡がある場合に成立するのが一般的であることに着目し、意思連絡の「類型的な必要性」を主張するものである。このような趣旨に理解された意思連絡必要説は、意思連絡不要説の主張と対立するものではない。

## （２）意思連絡の役割

刑法60条は、共同行為全体が類型的に高度な危険を創出する場合に適用される。意思連絡なしに高度な危険が創出されることも原理的には否定されないが、それは、刑法60条が予定する類型的な危険創出ではないため、共同正犯が成立することはない。刑法60条の適用を正当化するには、同条が類型的に予定する高度な危険の発生が要求され、そのためには関与者間に緊密な共働関係を形成し、共同行為全体の高度な危険性を担保する意思連絡が必要になるのである。

## ２ 片面的共同正犯の成否

意思連絡不要説の立場からは、例えば、「共同正犯は構成要件該当事実の共同惹起であるから、その共同性を担保するための要件として『意思の連絡』『共同遂行の合意』が必要になると理解し、片面的共同正犯を否定する解釈が十分考えられる」が、「片面的に関与する者の側から見れば、物理的因果性、又は、一方的な心理的因果性を基礎として、構成要件該当事実を片面的又は一方的ではあれ他の共同者と共に惹起するという関係を認めることができる場合が例外的には考えうる」のであって、「片面的共同正犯も例外的な限られた場合であれ、肯定することが不可能ではない」とされる。<sup>(115)</sup>（不要説が問題とする）意思連絡の「論理的な必要性」のみに着目するのであれ

ば、確かにこのような帰結が導かれると思われる。

しかし、「構成要件該当事実の共同惹起」は、何らかの任意の方法で実現しただけでは十分でなく、刑法60条が典型的に予定する方法で（つまり、典型的に高度な危険を創出する形で）実現しなければならないとするのであれば、それを担保する要素として意思連絡が必要になる。つまり、意思連絡に基づく共同惹起でなければならないのである。それゆえ、意思連絡のない片面的関与は——たとえ個々の具体例においては例外的に高度な危険を創出するものであったとしても——刑法60条の対象になることはない。判例・通説が概念的に否定する片面的共同正犯は、やはり、「それ自体矛盾するものである」<sup>(116)</sup>として否定されると解すべきであろう。

### 3 残された課題

意思連絡をめぐる論争が刑法60条の解釈論的帰結に対して影響を及ぼす場面は、片面的共同正犯に限られない。

そのうちの 하나가承継的共同正犯である。我が国において、承継的共同正犯は、因果性の問題として検討される傾向にある。しかし、構成要件該当事実全体に対する因果性を要求する否定説と一部に対する因果性で足りとする<sup>(117)</sup>中間説<sup>(118)</sup>が展開する現在の議論は、いささか水掛け論の様相を呈している感も否めないように思われる。そもそも、承継的共同正犯は、犯罪の一部が既に遂行されてから「意思連絡」がなされた場合に問題となる事例群であるのだから、因果性だけでなく、意思連絡も重要な考察対象になるはずである。それゆえ、意思連絡の要否と役割をめぐる本稿が提示した帰結は、承継的共同正犯を検討する際の新たな分析軸を提供してくれるものと期待される。しかし、この問題の検討は、紙幅の関係上、他日を期することにする。

また、本稿では検討対象を意思連絡の「要否」に限定しているため、（結果を共有しなければならないのか、それとも行為の共有で足りるのか、という）意思連絡の「対象」については検討できていない。しかし、この問題

は、とりわけ過失の共同正犯を問う際に重要になってこよう。しかし、過失の共同正犯を検討するには、更に、過失共働の特殊性も考慮しなければならない。故意犯の場合、関与者間の意思連絡は、犯罪実現の危険性を増大させる方向にのみ作用するといえる。これに対して、過失共働における意思連絡は、一方で、不注意を促進し合うという意味で危険増加を基礎づける要素になりうるが、他方で、（例えば、チーム医療の場合が典型例であるように）結果発生の可能性を減少させる要素にもなりうるのである。以上のように、過失の共同正犯においては、意思連絡の対象および役割の点で故意犯にはない特殊な問題が生じてくるが、いずれも本稿の射程を超えるものであるため、この検討も今後の課題としたい。

（１）大判大正11年２月25日刑集１巻79頁。

（２）例えば、内田文昭『刑法における過失共働の理論』（有斐閣、1973年）８頁、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）283頁以下、団藤重光『刑法綱要総論〔第３版〕』（創文社、1990年）391頁、西原春夫『刑法総論〔改訂準備版〕（下巻）』（成文堂、1993年）383頁、中野次雄『刑法総論概要〔第３版補訂版〕』（成文堂、1997年）144頁、亀井源太郎『正犯と共犯を区別すること』（弘文堂、2005年）51頁、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）468頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第４版〕』（有斐閣、2008年）292頁以下、福田平『全訂刑法総論〔第５版〕』（有斐閣、2011年）270頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第４版〕』（成文堂、2012年）410頁、川端博『刑法総論講義〔第３版〕』（成文堂、2013年）557頁、松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013年）376頁、照沼亮介「共同正犯の理論的基礎と成立要件」『刑事法・医事法の新たな展開（町野朔先生古稀記念）上巻』（信山社、2014年）249頁以下、立石二六『刑法総論〔第４版〕』（成文堂、2015年）315頁、橋本正博『刑法総論』（新世社、2015年）260頁以下、日高義博『刑法総論』（成文堂、2015年）466頁、前田雅英『刑法総論講義〔第６版〕』（東京大学出版会、2015年）343頁、曽根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）561頁以下、高橋則夫『刑法総論〔第３版〕』（成文堂、2016年）460頁。

（３）例えば、植田重正「片面的共犯」『齊藤金作博士還暦祝賀（現代の共犯論）』（有斐閣、1964年）241頁以下、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）390頁以

- 下、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(有斐閣、2002年)1433頁、堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣、2004年)293頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』(成文堂、2007年)414頁以下、松宮孝明『刑法総論〔第4版〕』(成文堂、2009年)267頁以下、西田典之『刑法総論〔第2版〕』(弘文堂、2010年)355頁、小林憲太郎『刑法総論』(新世社、2014年)158頁以下、佐伯千仞『刑法の理論と体系』(信山社、2014年)339頁、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』(成文堂、2015年)897頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣、2016年)367頁。
- (4) 藤木英雄『新版刑法演習講座』(立花書房、1970年)408頁。
- (5) 「共同正犯の成立要件としては、共同実行の意思とともに共同実行の事実が存在しなければならないから、〔中略〕共同正犯の成立する範囲は、後行者が介入した後の共同実行行為についてである」とする大塚・前掲注(2)294頁も参照。
- (6) 福田平「承継的共同正犯の成立範囲」判時1276号(1988年)216頁。
- (7) 植松正「片面的共犯否定への道標」『齊藤金作博士還暦祝賀(現代の共犯論)』(有斐閣、1964年)259頁。
- (8) Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015, S. 759 f. Vgl. auch Rudolf Rengier, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2014, S. 399.
- (9) 内海朋子「共同正犯における『意思連絡』の意義について(一)」亜大39巻2号(2005年)108頁。Vgl. auch Volker Haas, in: Matt/Renzikowski StGB, 2013, § 25 Rn. 66.
- (10) 内海朋子『過失共同正犯について』(成文堂、2013年)78頁。
- (11) 例えば、岩田誠「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和三十三年度』(法曹会、1971年)405頁は、「本来の共同正犯(実行共同正犯と仮称する)が成立するためには、二人以上の者の間に『意思の連絡』即ち『共同犯行の認識』があれば足り」としており、意思連絡と合意(共同犯行の認識)を同義に用いている。
- (12) なお、意思連絡または合意の互換的な概念として「意思疎通」が使用されることもある。これは、互いの意思を相手に伝達するという意味では意思連絡に近いが、互いの意思が相通じ合っている状態を指すという意味では合意と同義ともいえる。意思連絡や合意よりも多義的で、曖昧な概念であると思われる。
- (13) 町野朔「惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性——」『刑事法学の現代的状況(内藤謙先生古稀祝賀)』(有斐閣、1994年)130頁。
- (14) 町野朔『ブレップ刑法〔第3版〕』(弘文堂、2004年)226頁。
- (15) 町野・前掲注(13)136頁。

- (16) 町野・前掲注（13）131頁。
- (17) 石井徹哉「共同正犯に関する一考察」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第二巻』（成文堂、1998年）379頁。
- (18) 石井・前掲注（17）380頁。
- (19) 石井・前掲注（17）383頁。
- (20) 石井・前掲注（17）383頁。
- (21) 石井・前掲注（17）384頁。幫助犯の場合にも心理的因果性が必要であるとの主張については、石井徹哉「いわゆる『デュアル・ユース・ツール』の刑事的規制について（下）」千葉27巻2号（2012年）75頁以下参照。
- (22) 拙稿「共同正犯における『重要な役割』に関する一考察（2）——正犯性拡張機能について——」早研155号（2015年）30頁以下参照。
- (23) 石井・前掲注（17）380頁。
- (24) 今井猛嘉＝小林憲太郎＝島田聡一郎＝橋爪隆『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2012年）365頁〔島田聡一郎〕。
- (25) 町野・前掲注（13）131頁。
- (26) 町野・前掲注（13）132頁。
- (27) 島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件——いわゆる『中立的行為による幫助』に関する近時の議論を手がかりとして——」立教57巻（2001年）55頁以下。
- (28) 拙稿「共同正犯の因果性拡張機能」早研152号（2014年）27頁以下参照。
- (29) 意思連絡がなくても心理的因果性を肯定しうることがあることを指摘するものとして、小林憲太郎「共犯関係の解消について」『理論刑法学の探究⑨』（成文堂、2016年）195頁脚注4。
- (30) 「一部行為の全部責任」とされるのが通例であるが、それでは、部分的な行為にもかかわらず犯罪事実全体について刑事責任を問われるという意味で狭義の共犯にも妥当することになる。共同正犯の法的効果の特殊性は、全体について“正犯”として責任を問われる点にあるのだから、「一部行為の全部“正犯”責任」と表現する方が適当であろう。
- (31) これに対して、共同意思主体説の論者は、個人的共犯論から「一部行為の全部“正犯”責任」を説明することはできず、「一部行為の全部責任の法理は、所詮、自分の実行しなかった部分についても正犯責任を問うものであって、個人的共犯論の立脚する個人責任の法理と相容れない。共同正犯の共犯性が認識されれば、共同正犯の団体的把握が可能となり、超個人的なものの行った実行行為の全部につき、そ

の分担者にそれぞれ責任を負担させるという全体的考察方法が可能となる」(立石二六「共謀共同正犯」同『刑法解釈学の諸問題』(成文堂、2012年)146頁)、あるいは「共犯が、自らは実行行為を行っていないにもかかわらず、処罰の対象となり(教唆犯・従犯の場合)、また、犯罪の一部しか行っていないにもかかわらず全体について責任を問われる(一部実行全部責任/共同正犯の場合)理由としては、数人が一定の犯罪を実現しようとする共同目的の下に合一したということ以外には考えられず、〔共同意思主体説が〕もっとも適切な見解である」(曾根・前掲注(2)549頁)と説いている。しかし、これだけでは、共同意思主体それ自体が共同行為全体の正犯と評価されることは説明できても、個々の共同正犯者が正犯として処罰される理由は明らかにならない。結局のところ、各共同正犯者の正犯性を犯罪全体におけるそれぞれの役割の重要性から導くとするならば、その判断過程に「共同意思主体」という概念を介在させる必要はないといえる。

(32) 福田・前掲注(2)273頁注1。

(33) 大塚・前掲注(2)292頁。

(34) 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法の争点』(有斐閣、2007年)109頁も参照。

(35) 幫助者は幫助行為を通じて正犯行為の足りない部分を補充し、正犯行為は単独では構成要件を充足しない幫助行為を補充するといえ、他方で、幫助者は正犯行為を利用することで自身の目的を実現し、正犯者も幫助行為を利用することで構成要件の実現を容易にしているといえよう。「通常、幫助者も正犯者と分業的に協働するのであって、それゆえこの観点〔分業〕が共同正犯を特徴づけるのに資するのは、特殊な分業を要求する場合くらいのものである」とする René Bloy, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, GA 1996, S. 429も同趣旨であると思われる。

(36) 阿部力也「共同正犯の主観的成立要件について」法論70巻1号(1997年)121頁以下。「関与者の行為は、『意思連絡』を通じて形成された『共謀』により、分業的あるいは分担的な行為として評価される」のであって、『意思連絡』は関与者の行為を分業化するという効果を有する」とする行田桜子「共同正犯の主観的要件について：『意思連絡』における共同性と正犯性」北大法政ジャーナル21・22巻(2015年)56頁以下も同趣旨であろう。

(37) 阿部力也「黙示の意思連絡について」法論70巻2・3号(1997年)119頁。

(38) 阿部・前掲注(36)122頁。



(39) なお、阿部は、承継的共同正犯について、「各関与者による『相互利用補充関係』が認められた共同行為と、その共同行為から結果が惹起されたことを確認できれば、共同正犯の因果性」としては十分であるとの理解を前提に、先行行為が後行者の関与後にもなお効果を持ち続けている場合に、後行者がその状態を利用して先行者と共同して結果を発生させたと評価できるのであれば、その限度では共同正犯の成立を認めることができる」としている（阿部力也「共同正犯の因果性——承継的共同正犯に関する議論を参考にして——」明治大学社会科学研究所紀要50巻2号（2012年）220頁、同「承継的共同正犯について」『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』（成文堂、2014年）553頁）。このように、共同正犯の成立要件として意思連絡を、共同正犯の本質として相互利用・補充関係を要求した上で、承継的共同正犯については、先行者（A）の先行行為と後行者（B）の関与後の行為に相互利用・補充関係が認められる限りで肯定する見解は他にも見受けられる（例えば、大谷・前掲注（2）418頁）。しかし、これらの主張は、相互利用・補充関係に意思連絡が不可欠でないことを証左するものである。Aは、Bが介入する前の時点、すなわち先行行為の時点でBと意思連絡しておらず、Bの行為を予見してもいない。他方で、Bは、Aと意思連絡を交わした時点で、Aの先行行為をいわば一方的・片面的に認識し、利用したといえる。つまり、「先行行為時のA」と「後行行為時のB」の間に相互的な意思連絡はないのである。それにもかかわらず両者の間に相互利用・補充関係を肯定するのであれば、相互利用・補充関係は、意思連絡を論理的には要求しないことになるはずである。

(40) 鎮目征樹「片面的共犯」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法の争点』（有斐閣、2007年）107頁。

(41) 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（成文堂、2007年）179頁以下は、「共謀によってこれから行う行為の意味、その行為によって生じ得る結果の予期があるからこそ、その行為全体における自己の地位・役割も確認でき、この点に、相互的行為帰属し得る基礎が認められる」としているが、共謀ないし意思連絡が欠け、片面的な認識しかない場合であっても、そのような認識を持つ関与者は、犯罪全体における自己および他者の行為の役割を把握することは可能であろう。

(42) 大塚仁『犯罪論の基本問題』（有斐閣、1982年）327頁参照。

(43) 大越義久『共犯論再考』（成文堂、1989年）64頁は、『『他人の関与行為を、自己の関与行為をもって完全な犯罪にする』ためには、一方的了解で足り、必ずしも共同者間の意思疎通までも必要とはしない』ため、「共同正犯が分業の原則に基づく

ことと、共同正犯の成立に共同者間の意思疎通を要求することとの関連性が、いまひとつ判然としない」とする。また、「意思連絡がなくても、客観的に相互に影響を及ぼし合う関係も考えられるなどを考慮すると、実行行為を分担するなど関与者が客観的に密接な関係にある場合については、意思連絡がなくても例外的に共同性を肯定することが可能である」とする橋爪隆「共謀の意義について(2)」法教413号(2015年)100頁以下、「共同性は、複数人があたかもひとりで基本的構成要件を実現したかのように扱うことを正当化するための要件であるから、たとえその間に意思連絡が存在しなくても、たとえば、相互に不法を実現する行為を促進する影響を与えあっているとか、他方への時宜に応じた助力を継続的に提供しているような場合には、なお不法の共同の産物とみて、共同性を肯定することも可能であろう」とする小林・前掲注(29)195頁脚注4も参照。「相互諒解」を共同正犯の成立要件から排除しつつも、複数人の行為が「客観的に現実共同すること、すなわち、相互に相呼応し、相補足し合うこと——共同加功の事実——を要する」とする佐伯・前掲注(3)339頁、および、同じく意思連絡の必要性を否定しつつも、共同正犯が成立するには複数人の行為が「客観的かつ同時に相互依存している関係がなければならない」(機能的相互依存関係)とする山中・前掲注(3)897頁以下も、関与者間に意思連絡がなくても、彼らの行為が——客観的には——相互に補充し合う場合があることを示唆するものといえよう。

(44) 松原・前掲注(2)376頁。

(45) 照沼・前掲注(2)254頁。

(46) Claus Roxin, in: LK 11. Aufl., 2003, § 25 Rn. 173.

(47) Bernd Schünemann, in: LK 12. Aufl., 2006, § 25 Rn. 173.

(48) Günter Heine/Bettina Weißer, in: Schönke/Schröder 29. Aufl., 2014, § 25 Rn. 73.

(49) Torsten Buser, Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch, 1998, S. 62.

(50) 拙稿「共同正犯における未遂」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2014年)867頁以下参照。

(51) 重要な役割は、一般予防の観点から実行行為と同程度に喫緊の抑止対象として評価されるべき危険を創出する行為に認められるとする私見(拙稿「共同正犯における『重要な役割』に関する一考察(3・完)——正犯性拡張機能について——」早研156号(2015年)42頁参照)によれば、関与者らの役割の重要性は、彼ら自身

の計画ではなく、「一般予防の必要性」という客観的な認定基準により判断されるのであって、必ずしも意思連絡を必要としない。ここでは各関与者の行為の客観的な性質が問われるのである。もっとも、意思連絡に何らの意義も認められないわけではない。共謀共同正犯の成否が問題になる場合、直接実行者に対する背後者の指示・命令に「重要な役割」を認めうるかが問われるわけだが、その際、関与者間の意思連絡が緊密であればある程、当該行為（指示・命令）の客観的な性質としての危険性は増し、その役割の重要性は認められやすくなるといえる。

(52) 中義勝「片面的共同正犯」関法16巻4・5・6号（1967年）19頁以下、嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論（2・完）——共同正犯論序説——」法協121巻10号（2004年）196頁参照。

(53) 橋本・前掲注（2）282頁は、共同正犯の成立根拠については機能的行為支配説を支持することを前提に、承継的共同正犯に関して、「いわゆる『承継』現象は否定されるべきであ」としつつも、「社会的事象としての犯罪事実が不可分の一体性を有するとき、その一部を分担したことが、事象全体に対する分業となる限りで、全部責任を肯定してよい場合があるように思われる」と述べている（橋本正博「『承継的共同正犯』論の現在」現刑28号（2001年）72頁以下、同「『承継的共同正犯』について」『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』（成文堂、2014年）591頁以下も参照）。しかし、承継的共同正犯が問題になる事例においては、「先行行為時のA」と「後行行為時のB」の間に相互的な意思連絡はなく、後行行為時のBが片面的かつ事後的に先行行為時のAの行為を認識・利用するだけである。それにもかかわらず、この場合に分業（およびそれに基づく機能的行為支配）を肯定するのであれば、分業（および機能的行為支配）の成立に意思連絡は必須でないことになろう。吉川真理「承継的共同正犯について——ドイツの判例・学説を中心として——」法学研究年誌6号（1992年）92頁以下も参照。

(54) 杉本一敏「意思連絡について」高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門』（日本評論社、2014年）228頁。

(55) 杉本・前掲注（54）229頁以下。

(56) 杉本・前掲注（54）230頁。

(57) Kristina Steckermeier, Der Tatentschluss von Mittätern (§ 25 Absatz 2 StGB): Verlängerte Tatherrschaft als Zurechnungsgrund – eine empirisch gestützte Untersuchung, 2015, S. 63 ff., 152. Steckermeier の見解については、拙稿「クリスティーナ・シュテッカーマイヤー『共同正犯の所為決意（ドイツ刑法25

- 条2項』』早法91巻4号(2016年)211頁以下、同「共謀共同正犯の構造(2・完)——心理的拘束力の解明を目指して——」早研159号(2016年)37頁以下も参照。
- (58) Steckermeier, a. a. O. (Anm. 57), S. 156.
- (59) Steckermeier, a. a. O. (Anm. 57), S. 178 f.
- (60) Steckermeier, a. a. O. (Anm. 57), S. 192.
- (61) Steckermeier, a. a. O. (Anm. 57), S. 195.
- (62) Steckermeier, a. a. O. (Anm. 57), S. 181 ff. Steckermeier と同様に、共同所為決意を客観的要素と解するものとして、Friedrich Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 149 ff.; Helmut Frister, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2013, S. 390 f.
- (63) 拙稿「共謀共同正犯の構造(1)(2・完)——心理的拘束力の解明を目指して——」早研158号(2016年)15頁以下、同159号(2016年)23頁以下を参照。
- (64) 松原・前掲注(2)376頁も、「意思支配は、自己の存在を意識させることに基づくものである」とする。
- (65) 内田・前掲注(2)8頁。
- (66) Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2011, S. 239.
- (67) Uwe Murmann, in: SSW-StGB 2. Aufl., 2014, § 25 Rn. 31.
- (68) Frister, a. a. O. (Anm. 62), S. 393.
- (69) ドイツの罪数論における「行為の単一性判断」については、仲道祐樹「ドイツにおける罪数論の思考方法」刑ジャ48号(2016年)20頁以下参照。仲道によれば、ドイツのBGHは、「①本質的部分における行為の同質性、②意思の単一性、両行為の空間的・時間的近接性、④第三者から見て単一の事象といえるかどうか」を判断基準にしているとのことである(同上22頁)。
- (70) 拙稿「共同正犯における複数行為の結合根拠——『意思実現』と『相互調整』——」早誌67巻1号70頁以下参照。
- (71) 拙稿・前掲注(70)840頁以下。
- (72) Dencker, a. a. O. (Anm. 62), S. 158 ff.
- (73) 西原春夫「共同正犯における犯罪の実行」同『犯罪実行為論』(成文堂、1998年)294頁以下。
- (74) 曾根・前掲注(2)549、560頁。
- (75) 山本雅子「共謀概念の性質」中央学院27巻1・2号(2014年)9頁参照。
- (76) 山本雅子は、共同の実行行為を観念する必要性とは異なる観点から共同意思主体説の妥当性を主張している。すなわち、「現に集団による組織的な犯行があり、

各人がその組織の一構成単位として犯行に加わっている場合、その単一的部分行為はそれだけでは意味をもたない」のであって、「集団あるいは組織体自体の活動を共犯現象で捉えていく必要があり」、「共同意思主体説はその要請に最も良く適合する見解である」とするのである（山本雅子「共謀共同正犯論」同『実質的犯罪論の考察』（成文堂、2007年）178頁）。確かに、山本が指摘するように、共犯事象の中には集団や組織を背景に行われる場合が多いことは事実であろう。しかし、実際には、そのような集団性・組織性を前提にしない共犯もありうるのではないだろうか。それゆえ、（広義の）共犯の成立範囲を共同意思主体が成立しうるような集団・組織犯罪に限定することは、刑法60条以下の解釈論としては狭すぎるとと思われる。

- (77) 団藤・前掲注（2）390頁、板倉宏『刑法総論〔補訂版〕』（勁草書房、2007年）293頁。
- (78) 団藤・前掲注（2）391頁。
- (79) 大塚・前掲注（2）282頁。
- (80) 伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社、2010年）351頁。山中・前掲注（3）887頁も参照。
- (81) 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）351頁。
- (82) 前田・前掲注（2）343頁脚注5。
- (83) 伊東・前掲注（80）351頁脚注3。
- (84) Haas, a. a. O. (Anm. 9), § 25 Rn. 64.
- (85) Haas は、共同正犯を自身の行為に関する直接正犯と他者の行為に関する間接正犯から構成され则认为しているが、他者に委任することで「間接正犯」が成立すると解する点については、Volker Haas, Kritik der Tatherrschaftslehre, ZStW 2007, S. 537 ff. を参照。
- (86) Haas, a. a. O. (Anm. 9), § 25 Rn. 64.
- (87) Haas, a. a. O. (Anm. 9), § 25 Rn. 65.
- (88) Vgl. auch Urs Kindhäuser, Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft, in: Festschrift für Hollerbach, 2001, S. 645; ders, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2013, § 40 Rn. 2.
- (89) Joachim Renzikowski, Zurechnungsprobleme bei Scheinmittäterschaft und verwandten Konstellationen, JuS 2013, S. 485.
- (90) Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf/Dieter Dölling/Christian

- Laue/Joachim Renzikowski, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2014, § 49 Rn. 11.
- (91) Ralph Ingelfinger, “Schein” -Mittäter und Versuchsbeginn, JZ 1995, S. 709.
- (92) Ingelfinger, a. a. O. (Anm. 91), S. 710.
- (93) Ingelfinger, a. a. O. (Anm. 91), S. 708. 同様の問題意識から、共同正犯者は犯罪実現に関する消極的支配だけでなく、他の共同正犯者の行為に影響を及ぼす必要があるものであって、関与者らを相互に義務づける共同所為決意(計画)により、関与者らは自身のためだけでなく、他者のためにも犯罪を遂行するようになると主張するものとして、Andreas Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, 2009, S. 128 f. も参照。
- (94) Ingelfinger, a. a. O. (Anm. 91), S. 710.
- (95) Maurach/Gössel/Zipf/Dölling/Laue/Renzikowski, a. a. O. (Anm. 90), § 49 Rn. 39.
- (96) 以下では、適宜、 $\alpha$ の行為を「行為 $_{\alpha}$ 」、 $\alpha$ の意思・認識を「意思 $_{\alpha}$ 」・「認識 $_{\alpha}$ 」、 $\alpha$ および $\beta$ の共同行為を「共同行為 $_{\alpha+\beta}$ 」と表現する。
- (97) 認識の対象を【】で表す。
- (98) 「他者関係的な正犯性」は、「結果関係的な正犯性」を補填する副次的な正犯性であるから、後者よりは緩やかな基準で認められてよいだろう。
- (99) 松原・前掲注(2) 376頁。
- (100) 曾根・前掲注(2) 547頁。
- (101) 曾根・前掲注(2) 551頁。
- (102) 「共同正犯と本条の正犯との間には、法定刑において差異がないことは勿論、他に定型的な罪の軽重も存在しない」とする大澤裕「いわゆる単独犯と共同正犯の択一的認定について」『田宮裕博士追悼論集下巻』(信山社、2003年) 502頁を参照。
- (103) 単独正犯の要件すべてを充たす関与者に刑法60条を適用することを認めるのであれば、「単独犯と同等の役割を果たす共同正犯」を想定することも可能となる。しかし、ここではあくまでも類型判断が問題になっているのであって、共同正犯の役割は一般には単独犯のそれよりも劣るといえるだろう。
- (104) Vgl. Steckermeier, a. a. O. (Anm. 57), 59 ff.
- (105) 中利太郎=香城敏磨『量刑の実証的研究(司法研究報告書15輯1号)』(司法研修所、1966年) 44頁〔中利太郎〕。
- (106) 遠藤邦彦「量刑に関する諸問題(3)」判タ1186号(2005年) 39頁も「共犯事

- 案は、複数人による犯行であって、犯罪が成功する蓋然性が高まり、法益侵害の危険性を高めるという意味で犯行自体に対する非難を強めるという面」を認めている。共犯事案における量刑判断については、木山暢郎「共犯事件と量刑(上、下)」判タ1202号(2006年)94頁以下、同1203号(2006年)28頁以下も参照。
- (107) なお、ここでの単独犯と共同正犯の比較は、発生結果の質・量は同じであることを前提にするので、「危険性」も「犯罪の規模の増大」ではなく、「犯罪実現の蓋然性の増大」の意味で理解する。
- (108) 齊藤金作『刑法總論〔改訂版〕』(有斐閣、1955年)226頁以下。
- (109) 内海・前掲注(10)134頁。
- (110) 内海・前掲注(10)134頁以下。
- (111) 「犯罪の関与者が複数存在する場合は、単独で行うよりも、犯罪の準備・遂行・逃亡・罪証隠滅等の活動が役割分担され、犯罪がやりやすく、大規模になりやすい。単独では物理的に不可能な犯罪でも複数では迅速に行うことが可能となり、例えば、みんなでやるので怖くない、成功の確率も高い、自分は犯罪の一部だけに関わるので単独でやるより悪くない、誘われたから仕方ない、単独でやるより儲かり、手取り早い等の集団心理や自己本位な思い込みも加わり、違法行為に関与することへの物理的・心理的抵抗は減少する。被害に遭う側にとっては、それだけ被害が甚大となりやすく、防衛も困難になり、社会的にも危険で悪質な犯行といえる」とする菊池則明「いわゆる対等型共謀共同正犯の認定」警論69巻7号(2016年)136頁も参照。
- (112) 内海・前掲注(10)135頁。
- (113) Steckermeier, a. a. O. (Anm. 57), S. 175.
- (114) Christoph Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht – Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft, 2001, S. 156. Simone Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, S. 38 も、〔共同〕計画があってはじめて〔関与者間の〕連帯性が生じると主張している。
- (115) 山口・前掲注(3)367頁。西田典之＝山口厚＝佐伯仁志『注釈刑法第1巻総論 § § 1～72』(有斐閣、2010年)853頁〔島田聡一郎〕も参照。
- (116) Edmund Mezger, in: LK 8. Aufl., 1957, § 47 S. 254.
- (117) 例えば、「犯罪の不法前提に対しては因果性を必要としないが、不法内容に対しては因果性を必要とすると解す」る松原芳博「承継的共犯」『野村稔先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2015年)201頁以下。

- (118) 例えば、第1次的な法益の侵害と因果関係がある限りで承継的共犯を肯定できるとする十河太郎「承継的共犯論の現状と課題」『理論刑法学の探究⑨』（成文堂、2016年）144頁以下。